

La protección interamericana de
derechos humanos en el contexto de
un diálogo global

di Gonzalo Aguilar Cavallo



La protección interamericana de derechos humanos en el contexto de un diálogo global*

di Gonzalo Aguilar Cavallo¹

“[...] Allow me to think aloud here about the innocent victims of wars and about the defenders of human rights, freedom and dignity. My thoughts also turn to all those silent judges who, with justice and civic courage, apply the rules for the protection of the rights of individuals in society.”²

“Il y a un double interdit, celui aux Etats de déroger à certains droits, et celui aux hommes de transgresser certaines valeurs, car les franchir conduirait à la négation de ce qui donne son sens à l’humanité.”³

Resumen: Este estudio tiene por objeto realizar un acercamiento al fenómeno del diálogo entre jueces. En particular, en este caso, nos concentraremos en el diálogo interactivo que se plantea entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) y los tribunales nacionales. El diálogo entre jueces en materia de derechos humanos se ha planteado junto con el control de convencionalidad. Esta es una doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos según la cual es un deber de los Estados que han suscrito y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) darle debido cumplimiento y que esta obligación se extiende a todos los órganos del Estado. Uno de los hallazgos más relevantes que este artículo destaca es que la dinámica que se produce a través del actual diálogo entre jueces, especialmente en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, es creciente, de carácter multinivel y también multimodal.

* Artículo sottoposto a referaggio.

¹ Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho de la Universidad de Valparaíso (Valparaíso, Chile) y de la Universidad Andrés Bello (Santiago, Chile).

² René Cassin en Diciembre de 1968 cuando recibió el Premio Nobel de la Paz por su trabajo de promoción de los derechos humanos.

³ Mireille Delmas-Marty: Extrait de la revue Le Monde de l'éducation – Juillet–Août 2001.



Abstract: This paper aims to make an approach to the phenomenon of dialogue between courts. In particular, in this case, we focus on the interactive dialogue that arises between the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter the Court) and national courts. The dialogue between judges on human rights has been raised with the *conventionality control*. This is a doctrine developed by the Inter-American Court of Human Rights according to which the States partners of the American Convention on Human Rights (ACHR) have the due to enforce their human rights obligations through all organs of the State. One of the most important arguments of this article is to highlight how the dynamics that occurs through the ongoing dialogue between judges, have been increasing the protection of fundamental rights in a multilevel and multimodal manner.

Indice de contenidos: 1. Introducción. 2. ¿Qué es el diálogo entre jueces? 3. ¿Qué es la fertilización judicial cruzada o polinización judicial cruzada? 4. ¿Diálogo entre la corte idh y los tribunales nacionales u obligación de seguimiento de las decisiones de la corte IDH? 5. Las interacciones de ida y vuelta entre las jurisdicciones estatales y la jurisdicción interamericana. 6. La comunicación entre la corte idh y los tribunales nacionales: el diálogo de ‘Arriba-Abajo’. 7. Conclusiones

1. Introducción

La cuestión del diálogo entre jueces, sobre todo el diálogo transnacional, se ha desarrollado con potencia en las democracias constitucionales de la segunda mitad del siglo XX y de los albores del siglo XXI. Es por esto que Allard sostiene que no es sorprendente de ver como el rol del juez y el lugar acordado a la justicia han experimentado estos últimos años, en nuestras “democracias contenciosas”⁴, profundas mutaciones que se manifiestan, entre otras, en un aumento creciente de poder de los jueces. Este poder designa un recurso intenso a la autoridad judicial y su presencia creciente en el debate político.⁵ Quizás por esta razón, Paul Martens ha señalado que “estamos todavía en democracia, pero esta es cada vez menos representativa y cada vez mas jurisdiccional”.⁶ Cabe mencionar en esta parte que el diálogo que sostiene el juez, sobre

⁴ Ost, François: *Dire le droit, faire justice*. Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2007, p. XII.

⁵ Allard, Julie y Van Waeyenberge, Arnaud: «De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger», en *R.I.E.J.*, núm. 61, 2008, pp. 109-129.

⁶ Martens, Paul: «Les juges ne gouvernent pas: ils gèrent tant bien que mal une démocratie du ressentiment, de la controverse et de la défiance». Disponible en:



todo en el ámbito interno, también puede referirse a comunicaciones con otros órganos del Estado y, particularmente, con el órgano legislativo; diálogo que es rico en interacciones democráticas.⁷ Este aspecto del diálogo no será abordado en este trabajo.

Este estudio tiene por objeto realizar un acercamiento al fenómeno del diálogo entre jueces. En particular, en este caso, nos concentraremos en el diálogo interactivo que se plantea entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) y los tribunales nacionales. En esta ponencia nos referiremos a la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema chilena.

Esta ponencia está dividida en dos grandes partes, en cuya primera parte, se examina el diálogo entre jueces de *abajo-arriba*, realizando un análisis de casos concreto de decisiones judiciales tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema, y en una segunda parte, se aborda brevemente, el diálogo de *arriba-abajo*, esto es, que se produce desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de los tribunales estatales.

2. ¿Qué es el diálogo entre jueces?

Aquello que se suele llamar diálogo entre jueces se refiere, en términos generales, a comunicaciones que se producen entre órganos jurisdiccionales o simplemente entre jueces individuales no existiendo una relación de jerarquía o dependencia. Estas comunicaciones entre jueces pueden producirse tanto *ad intra* del orden jurídico estatal como *ad extra* del mismo, esto es, involucrando tanto órganos jurisdiccionales extranjeros o bien órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales internacionales, ya sea regionales como internacionales. En este contexto, el diálogo se refiere al uso, por parte de un tribunal, de ideas, razonamientos, argumentaciones, o bien, máximas pretorianas, utilizadas, estructuradas o creadas por otros tribunales para resolver situaciones jurídicas particulares.

http://dev.ulb.ac.be/~droitpub/fileadmin/telecharger/theme_2/contributions/MARTENS-2-20070429.pdf. [Visitado 30/1/2014]

⁷ Hogg, Peter W. y Bushell, Allison A.: “El diálogo de la *Carta* entre los tribunales y las legislaturas”, en *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 35, núm. 1 (1997), pp. 75-118, especialmente, p. 79.



3. ¿Qué es la fertilización judicial cruzada o polinización judicial cruzada?

Como un hecho de frecuente ocurrencia los argumentos y razonamientos desarrollados por jueces viajan por el mundo entero. Esta podría ser una “[r]azón que explica la existencia de un crecimiento en los contactos entre jurisdicciones nacionales, regionales como internacionales respondiendo a mutuas influencias”.⁸ Este desarrollo está vinculado con un fenómeno de carácter global, que impacta en el rol que desempeña un juez en una democracia contemporánea. En el informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los jueces y abogados, Gabriela Knaul, de 2010, ella enfatizó este enriquecedor diálogo en material de derechos humanos, vinculándolo con la independencia de los jueces. En efecto, la Relatora sostuvo que “cuando la Constitución y otras leyes no cumplen las obligaciones de derechos humanos del Estado respectivo o cuando hay un vacío legal, los jueces se refieren en sus sentencias a los estándares internacionales. A veces, estos jueces incluso se refieren a la jurisprudencia de tribunales internacionales o regionales, de órganos cuasi-jurisdiccionales, de órganos de tratados, o a procedimientos especiales o a sus opiniones consultivas, y particularmente a los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, en orden a resaltar su decisión, debido a la falta de familiaridad con estas instituciones internacionales. En estos casos, los jueces adoptan un rol proactivo y ayudan al Estado a cumplir con las obligaciones que el país ha adquirido.”⁹

Este juez contemporáneo, que debe desenvolverse en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho, recibe cada vez más las solicitudes de los individuos quienes recurren a él como última instancia de resolución de sus problemas. En esta línea, Malengreau ha sostenido que “la juridización de las relaciones sociales (sic) va de la mano con una juridización creciente, es decir, un recurso creciente al juez, ante quien se expresa tanto una demanda profunda de reconocimiento social formulado por un individuo aislado quien pierde referencias alternativas de pertenencia, como una reivindicación social y colectiva, la que planteará de manera apenas soterrada una cuestión de orden político al juez.”¹⁰

⁸ Vivas Barrera, Tania y Cubides Cárdenas, Jaime: “Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana”, en *Revista Entramado*, Vol. 8, núm. 2 (2012), pp. 184-204, especialmente p. 187.

⁹ HRC: *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva*. U.N. Doc. A/HRC/14/26, 9 April 2010, para. 64. (T. del A.)

¹⁰ Malengreau, Sabine: “Montée en puissance et légitimité du juge dans une société fragmentée en quête de lien social”, p. 3. Disponible en: http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_2/contributions/MALENGREAU-2-20070503.pdf [Visitado 30/1/2014]



La mayoría de estos problemas, sobre todo cuando ellos son complejos, se refieren a reivindicaciones de derechos sociales. Suele ocurrir que estos problemas, con diferencias de envergadura, tienden a ser similares en las distintas comunidades a nivel planetario. Frente a estos problemas comunes, de carácter social, que afectan al ser humano, el nivel global ha estimulado la búsqueda de soluciones comunes a partir de patrones prescriptivos mínimos duraderos y permanentes. Estas soluciones, cuando responden a este mínimo común denominador, tienden a comunicarse entre los jueces, y este diálogo entre jueces, en su vertiente transnacional, tiende a crear un derecho común, esto es, un derecho globalizado.¹¹ Este derecho común, sin duda es incentivado por esta actividad transnacional dialógica de los jueces pero además, influye de manera decidida en la actividad general del Estado, convirtiéndose de esta manera en actores que inciden en las decisiones que deben adoptar los otros poderes del Estado.¹² En este sentido, con mucha claridad Julie Allard, ha sostenido que la “tradicón jurídica continental tiende a hacer del juez un autómatas que no puede hablar más que de manera anónima, en nombre de la ley. Ahora bien este mito no pertenece más a la realidad. La realidad se caracteriza mucho mejor por una nueva forma de gobierno –la gobernanza- que proporciona a ciertos actores, entre ellos el juez, la oportunidad de jugar un rol político nuevo”.¹³ En esta línea, cabe destacar las palabras del Presidente de la Corte Suprema chilena, Ministro Sergio Muñoz, quien afirma que “[q]uienes hemos jurado respetar y aplicar la Constitución y la ley lo hemos hecho en su integridad, con sus contornos axiológicos, sus principios y su historia, para llegar a aplicarla a situaciones nuevas, como una norma viva que emerge de las manos de los jueces cada vez más robusta y siempre presente.”¹⁴ Esta forma de ver la función jurisdiccional contemporánea convierte al juez en un actor relevante en el desarrollo del derecho, co-adyuvante del legislador, sobre todo en materias tales como los derechos humanos. Así, Repetto ha sostenido que “[e]l análisis de los ordenes jurídicos nacionales confirma que la práctica de préstamos constitucionales está, al menos en Europa, lejos de evolucionar hacia un modelo propiamente tal de interacciones judiciales, y más bien está orientado específicamente a resolver problemas nacionales. No se considera que estas funciones estén en conflicto con un enfoque tradicional, positivista de la interpretación legal y

¹¹ Ost, François: “Mondialisation, globalisation, universalisation : s’arracher, encore et toujours, à l’état de nature”, in Morand, Ch.-A. (dir.): *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 5-36.

¹² Hogg, Peter W. y Bushell, Allison A.: “El diálogo de la *Carta* entre los tribunales y las legislaturas”, en *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 35, núm. 1 (1997), pp. 75-118, especialmente, p. 80.

¹³ Allard, Julie y Van Waeyenberge, Arnaud: «De la bouche à l’oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juge», en *R.I.E.J.*, num. 61, 2008, pp. 109-129.

¹⁴ Muñoz, Sergio: “Jueces: árbitros activos”, en *La Tercera*, Domingo 16 de marzo de 2014, p. 40.



constitucional, ya que el recurso al derecho extranjero por los jueces es visto como un argumento extra-sistémico entre varios, lo que habilita al juez para actuar (en parte) como legislador, incluso dentro del ámbito de los valores y principios expresados por dicho derecho.”¹⁵

El fenómeno diálogo corresponde al uso creciente de ideas, métodos de reflexión, estrategias argumentativas y razonamiento jurídicos que ya no quedan más presos de la sentencia ni de la jurisdicción en la que han sido realizados. Cada vez con mayor asiduidad, los métodos argumentativos y los razonamientos judiciales se despegan de la sentencia judicial que los contiene y de la jurisdicción territorial donde se pronunciaron, y traspasan las fronteras del Estado. Las causas que pueden explicar este fenómeno podrían ser la globalización jurídica;¹⁶ el dominio de idiomas y la masificación del inglés como lengua del Derecho; similitud de problemas jurídicos en distintas partes del mundo –como por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales y la protección del medio ambiente y de los recursos naturales-; la universalización de los derechos humanos que se han transformado en el derecho común del siglo XXI; y la tendencia hacia la penetración y compenetración de los ordenes jurídicos del mundo, tanto horizontal, esto es, entre los ordenes jurídicos estatales, como vertical, esto es, entre el orden estatal y los ordenes jurídicos internacionales.¹⁷

La razones que tienen los jueces para entablar este diálogo entre jurisdicciones pueden ser diversas, aunque, como se ha mencionado, es un rasgo característico del siglo XXI en lo que a la adjudicación en materia de derechos humanos se refiere. El diálogo entre jueces está vinculado con la internacionalización del derecho, que se refiere a una dinámica o conjunto de movimientos

¹⁵ Repetto, Giorgio: “(Review) Comparative Reasoning in European Supreme Courts and The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges”, in *Comparative Law Review*, Vol.4, num. 2 (2013), pp. 1-6.

¹⁶ “Un dialogue judiciaire au niveau des droits de l’homme semble plus que nécessaire, comme l’affirme Laurence Burgorgue (op.cit.), l’internationalisation n’affecte pas que les marchés économiques et financiers, elle transforme également les relations entre les Cours et les juges. La mondialisation pousse les juges à dialoguer et à se livrer à un exercice de comparaison.” Blouin, Cécile: «Le dialogue judiciaire entre la CEDH et la CIDH à la lumière de l’affaire Mazni c. Roumanie», 2009. Disponible en: <http://m2bde.u-paris10.fr/content/le-dialogue-judiciaire-entre-la-cedh-et-la-cidh-%C3%A0-la-lumi%C3%A8re-de-l%E2%80%99affaire-mazni-c-roumanie-p> [Visitado 30/1/2014]

¹⁷ «En tout état de cause, la comparaison menée par les juges permet un enrichissement des systèmes et évite des contradictions qui seraient impensables dans un domaine comme celui des droits de l’homme. Universalité ou pas, les juridictions ne peuvent nier le dialogue judiciaire qui est présent à tous les niveaux, horizontal comme vertical. La mondialisation implique que l’essentiel de la jurisprudence rendue par des tribunaux régionaux soit connue de tous serve de base à un dialogue judiciaire.» Blouin, Cécile: «Le dialogue judiciaire entre la CEDH et la CIDH à la lumière de l’affaire Mazni c. Roumanie», 2009. Disponible en: <http://m2bde.u-paris10.fr/content/le-dialogue-judiciaire-entre-la-cedh-et-la-cidh-%C3%A0-la-lumi%C3%A8re-de-l%E2%80%99affaire-mazni-c-roumanie-p> [Visitado 30/1/2014]

entre el derecho internacional y los derechos internos acrecentados “por la interdependencia entre los Estados pero también entre los sistemas jurídicos.”¹⁸ Paralelamente, hay que agregar que, desde la perspectiva de los derechos humanos, junto con el fenómeno de la internacionalización del derecho se produce la constitucionalización del derecho, considerando los derechos y sus interpretaciones provenientes *extra muros*, como partes del bloque constitucional.¹⁹

En consecuencia, desde el punto de vista de los objetivos, por una parte, a veces, se realiza para evidenciar armonía y articulación –o para establecerla- entre las jurisdicciones en el razonamiento e interpretación jurídica de los derechos fundamentales.²⁰ Por otra parte, en ocasiones, se usa para completar un argumento o interpretación incompleto o bien para llenar un vacío cuando el razonamiento o interpretación es inexistente, ya sea porque el tema nunca se ha planteado ante dicha jurisdicción o porque sencillamente –debido a los casos prácticos que ha debido resolver previamente- ha desarrollado una sólida y contundente jurisprudencia al respecto.²¹ En este sentido, la Relatora Especial sobre la Independencia de los Jueces ha sido

¹⁸ Delmas-Marty, Mireille: «L'internationalisation du droit: dégradation ou recombinaison?», in *Revue Esprit*, N° 389, Novembre 2012, pp. 35-51.

¹⁹ “With the QPC, the Constitutional Council is increasingly integrating European Human Rights law into its reasoning and decisions, so much so that it anticipates possible convictions of France in Strasbourg. Even if the ECHR is still not part of the block of constitutionality and still not considered an imperative norm with constitutional value, with the QPC, it is gradually becoming a persuasive element of this block.” Lageot, Céline: “The status of international law in the national Constitutional system”, in Gerards, J.H. and Fleuren, J.W.A.: *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak*. Radboud Universiteit Nijmegen, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 2013, pp. 169-194, especialmente, p. 193.

²⁰ En este sentido, Hourquebie ha sostenido que « l'ascension du juge s'explique dès lors également par le rôle que lui assigne le pluralisme juridique provenant de la multiplication de foyers normatifs. Dans la logique pluraliste, il appartient au juge de coordonner la complexité de l'articulation juridique. Le juge est désormais garant de l'assemblage structuré des pièces plurielles du puzzle juridique » Hourquebie, Fabrice: *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*. Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 119.

²¹ «Face à des cas difficiles, les juges ont tendance à dialoguer, à s'interroger sur les solutions déjà données par d'autres systèmes juridiques. Il faut donc en conclure que le juge européen s'est intéressé à la jurisprudence interaméricaine pour différentes raisons. Tout d'abord, il semble évident que la mondialisation croissante favorise la transmission d'informations et donc la connaissance des autres systèmes. De plus, le rapprochement des préoccupations des deux Cours explique que le dialogue puisse exister de part et d'autre des systèmes. Enfin, face à des cas difficiles, la CEDH est poussée à se tourner vers l'expérience du système interaméricain.» Blouin, Cécile: «Le dialogue judiciaire entre la CEDH et la CIDH à la lumière de l'affaire Mazni c. Roumanie», 2009. Disponible en: <http://m2bde.u-paris10.fr/content/le-dialogue-judiciaire-entre-la-cedh-et-la-cidh-%C3%A0-la-lumi%C3%A8re-de-l%E2%80%99affaire-mazni-c-roumanie-p> [Visitado 30/1/2014]; HRC: *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva. U.N. Doc. A/HRC/14/26, 9 April 2010, para. 64.



asertiva en su Informe de 2010, al señalar que “en muchas jurisdicciones, una etapa inicial es el reconocimiento formal de los derechos humanos en la Constitución. A veces, el contenido de los derechos debe ser interpretado por los tribunales en casos de percepciones en conflicto, vaguedad o falta de claridad conceptual. A este respecto, los tribunales son actores importantes en la interpretación de los estándares y su aplicabilidad en el orden doméstico.”²²

En tercer término, se plantea el diálogo a título de convicción, esto es, para reforzar un argumento o interpretación y así lograr mayor convencimiento en los destinatarios de la decisión. Finalmente, también puede servir para validar la posición argumentada del tribunal, sobre todo, cuando se trata de casos nuevos, complejos, o difíciles, como los que se relacionan con cuestiones de carácter valorico en una comunidad.²³

Desde un punto de vista metodológico, la tendencia lógica de un juez será recurrir a la jurisprudencia emanada de tribunales más cercanos socio-culturalmente hablando, o bien a aquellos tribunales consolidados o en proceso de consolidación de su prestigio planetario.²⁴ Entre estos últimos, y desde el punto de vista del derecho constitucional, se encuentran, sin duda, la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal Constitucional alemán. Pero, también, aparecen en forma emergente, la Corte Constitucional de Sudáfrica, la Corte Constitucional de Colombia o la Corte Suprema de la India. Por supuesto, todos estos tribunales conocen el efecto expansivo, allende sus fronteras, de sus decisiones, por lo que probablemente se esforzarán por desarrollar una jurisprudencia rica, en argumentación, valores y principios. En este sentido, estos tribunales, cuando adoptan sus decisiones judiciales, siembran, jurídicamente hablando. Y, cuando los tribunales de otras partes del mundo, usan o recurren a sus decisiones, cosechan jurídicamente lo sembrado anteriormente por estos tribunales de gran prestigio. En este contexto, aparece la relevancia cada vez mayor del uso del método comparado para el despliegue del diálogo entre jueces.²⁵ Así se ha sostenido por Van der Walt, que “todos los sistemas jurídicos están mezclados

²² HRC: *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Gabriela Carina Knaut de Albuquerque e Silva*. U.N. Doc. A/HRC/14/26, 9 April 2010, para. 35. (T. del A.)

²³ Maus, Didier: “Application of the case law of Foreign Courts and Dialogue between Constitutional Courts”, in *Constitutional Law Review*, Issue II, pp. 3-20, especialmente, p. 16.

²⁴ Toro Huerta, Mauricio Iván del: “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 112, enero-abril 2005, pp. 325-363.

²⁵ Häberle, Peter: “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en *ReDCE*, Año 7, núm. 13, enero-junio 2010, pp. 379-411.

de una manera u otra en nuestro mundo de globalización, contactos siempre crecientes e influencias mutuas. En palabras de Orücü: ‘legisladores y tribunales están mirando a otras jurisdicciones, al menos, como inspiración o bien directamente para tomar prestado, en un esfuerzo para mejorar las respuestas a los problemas humanos compartidos. Las ideas e instituciones jurídicas están cruzando las fronteras rápidamente.’”²⁶

En este contexto de flujos jurídicos permanentes y de creciente interacción entre los jueces del mundo, se produce un fenómeno denominado de polinización judicial cruzada.²⁷ Esta expresión me parece que refleja meridianamente el efecto derivado de estos flujos constantes ya que como resultado de esta comunicación interactiva, las ideas, métodos de argumentación y razonamientos judiciales fertilizan, siembran una semilla que rinde mayores frutos, esto es, el resultado es enriquecedor. En este caso, el resultado es abonar la argumentación y el razonamiento jurídico del tribunal que toma, usa y aplica argumentos y razonamientos de otros tribunales extranjeros o internacionales.²⁸

Esta dinámica de la fertilización judicial cruzada ha sido experimentada por la Corte IDH prácticamente desde el inicio de su labor, pero en los últimos años se ha visto acrecentada. Como se ha dicho, este enriquecimiento eficiente de las decisiones judiciales de la Corte IDH por medio del uso e incorporación de razonamientos, argumentos, e interpretaciones de otras jurisdicciones, esto es, por medio del diálogo entre jueces, ha permitido no solo mantener alineada a la Corte

²⁶ Van Der Walt, Lirika Meintjes: “Comparative method: Comparing legal systems and/or legal cultures?”, en *Speculum Juris*, No. 1, (2006), pp. 51-64, especialmente, p. 64.

²⁷ Carducci, Michele: “Judicial Re-Use: “Codification” or Return of Hegelism? The Comparative Arguments in the “South” of the World”, en *Eunomia. Rivista semestrale del Corso di laurea in Scienze politiche e delle relazioni internazionali*, II n.s. num. 2, (2013), pp. 7-28; N. Walker, N.: “The Idea of Constitutional Pluralism” in *Modern Law Review*, Vol. LXV, num. 3, 2002, pp. 317-359, especialmente, p. 354; Tebbe, N. y Tsai, R.L.: “Constitutional Borrowing”, in *Michigan Law Review*, Vol. 108, num. 4, 2010, pp. 459-522; Frankenberg, Günter: “Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited”, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. VIII, Issue 3, July 2010, pp. 563-579; Carducci, Michele: “Euristica dei “flussi giuridici” e comparazione costituzionale”, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2013, pp. 337-368, especialmente, p. 333; Choudry, S.: “Globalization in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, in *Indiana Law Journal*, Vol. LXXIV, Issue 3, 1999, pp. 819-892; Slaughter, A.-M.: “Global Community of Courts”, in *Harvard International Law Journal*, XLIV, num. 1, Winter 2003, pp. 191-219; Perju, Vlad: “Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations.” In *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by M. Rosenfeld and A. Sajo, 1304-1327. Oxford: Oxford University Press, 2012.

²⁸ En cuanto al uso de la comparación como método de interpretación vid. Häberle, Peter: “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en *ReDCE*, Año 7, núm. 13, enero-junio 2010, pp. 379-411.



IDH con las interpretaciones y desarrollos más recientes de otras jurisdicciones de derechos humanos sino, sobre todo, justificar la interpretación concordante en materia de derechos humanos entre el nivel estatal y el nivel regional internacional. En esta línea, Barreras y Cubides han señalado que “[...] ha sido el diálogo judicial la vía empleada por los jueces de los tribunales regionales, europeo e interamericano de derechos humanos, en mayor medida, lo que ha logrado una recíproca y enriquecedora solución de casos difíciles.”²⁹

Una de las críticas que se suele oír, frente al diálogo entre jueces, sobre todo de la doctrina que ha sido formada en el gran país del norte, consiste en la elección tipo ‘cherry picking’ de la jurisprudencia que se cita.³⁰ En otras palabras, seleccionando aquellos fallos que contengan argumentos que benefician al juez para apoyar su decisión –previamente adoptada- y desconsiderando otros fallos o argumentos que contengan argumentos que no benefician la postura del juez. Este procedimiento -se suele mencionar- en lugar de ser lógico y sistemático, más bien seguiría los quereres del juez frente a cada caso que debe resolver.

Sin embargo, el juez en su sentencia no debe desarrollar un examen científico acabado de todas las distintas posiciones doctrinarias posibles de aplicarse, ya que la sentencia es un acto jurisdiccional y como tal un acto de poder soberano. En este acto jurisdiccional el juez zanja la controversia adoptando una posición determinada, que refleja lo que el Derecho es en ese caso concreto, en virtud del poder jurisdiccional del que el juez está constitucionalmente investido.³¹ En este estado de cosas, la opción por una jurisprudencia determinada en lugar de otra jurisprudencia no resultaría ser antojadiza sino que respondería a la motivación y fundamentación necesaria que todo juez debe proporcionar en un acto representativo de su poder de decir el Derecho. Las eventuales equivocaciones o abusos del juez al decir el derecho ya están previstas en el sistema constitucional democrático, ya sea a través del sistema de controles internos, propios del orden judicial, o bien, del sistema de controles por órganos externos al poder judicial, propios del orden constitucional, o bien, del sistema de controles internacionales, propios de un estado internacional de derecho.

²⁹ Vivas Barrera, Tania y Cubides Cárdenas, Jaime: “Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana”, en *Revista Entramado*, Vol. 8, núm. 2 (2012), pp. 184-204, especialmente p. 188.

³⁰ Niblett, Anthony: “Do Judges Cherry Pick Precedents to Justify Extra- Legal Decisions?: a Statistical Examination”, 70 *Maryland Law Review* 234 (2010), pp. 234-271.

³¹ Artículo 76 de la Constitución chilena.

Los derechos humanos poseen como característica que se configuran como un terreno fértil para el diálogo entre jueces. En este sentido, no es extraño observar en las sentencias de tribunales constitucionales u ordinarios de American Latina, la cita o referencia a argumentos y razonamientos usados por tribunales internacionales de derechos humanos.

4. ¿Diálogo entre la Corte idh y los Tribunales nacionales u obligación de seguimiento de las decisiones de la Corte IDH?

Tradicionalmente, el diálogo entre jueces en materia de derechos humanos se ha planteado junto con el control de convencionalidad. El control de convencionalidad es una doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso Almonacid Arellano con Chile de 2006, en virtud de la cual la Corte reitera que es un deber de los Estados que han suscrito y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) darle debido cumplimiento y que esta obligación se extiende a todos los órganos del Estado.³² Además, el control de convencionalidad se extiende a la interpretación que, de las obligaciones emanadas de la CADH, ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete última de la Convención. Una de las preguntas que se puede plantear a este respecto es si el ejercicio del control de convencionalidad es una obligación para los Estados partes, ¿podría a esto denominársele, propiamente tal, diálogo entre jueces? El diálogo no implica el cumplimiento de obligaciones de acatamiento, ello simplemente es un deber de cumplimiento. Habría diálogo en la medida que la argumentación de un tribunal no es obligatoria para otro tribunal, sino más bien el diálogo responde a una labor de convencimiento o de persuasión en los argumentos y en el razonamiento jurídico. En estos casos, el argumento y razonamiento de otros jueces son seguidos, normalmente, por el peso convincente de argumentación, pero no porque sean obligatorios para los jueces.

La crítica soberanista se revela frente a la obligación de los Estados de dar cumplimiento a las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de respetar el acervo jurídico interamericano en materia de derechos humanos. A primera vista se podría comprender el resquemor de los Estados porque quedarían entregados a la voluntad de los jueces interamericanos, quienes a su vez no tienen un control por parte de un órgano superior. Pero, la

³² Nogueira Alcalá, Humberto: *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Librotecnia, Santiago de Chile, 2012, pp. 526.



realidad indica que los jueces interamericanos han sido puestos en la Corte Interamericana por la decisión de los propios Estados soberanos y democráticos. Y, además, precisamente es este diálogo constante y permanente, el que legitima sus decisiones. En efecto, dicho diálogo asegura al individuo y al Estado bajo la jurisdicción de la Corte, que su decisión no es arbitraria, caprichosa o voluntarista, sino mas bien, consecuente y coherente, armoniosa con los argumentos y las construcciones jurisprudenciales de otros órganos de protección de los derechos humanos e incluso con otros órganos de aplicación del derecho internacional. Asimismo, asegura a los Estados que tal decisión está fundada en todo un *corpus iuris* internacional común de derechos humanos que se ha ido construyendo mancomunadamente por todos los actores involucrados, durante el siglo XX y el inicio del siglo XXI.³³ El diálogo entre las jurisdicciones de derechos humanos va permitiendo generar este entendimiento común a propósito de una serie de derechos mínimos necesarios para sustentar la dignidad del ser humano, lo que constituiría el sustrato de un nuevo derecho común de los derechos humanos del siglo XXI.³⁴

A continuación, veremos la interacción que se produce entre la jurisdicción estatal chilena y la jurisdicción interamericana, intentando constatar con el análisis de casos prácticos, de qué manera –si es que así ha ocurrido- se ha ido forjando este nuevo derecho común de los derechos humanos.

5. Las interacciones de ida y vuelta entre las jurisdicciones estatales y la jurisdicción interamericana

³³ Bogdandy, A. von; Fix Fierro, H.; Ferrer Mac-Gregor, E.; Morales, Mariela: *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Heidelberg, México, 2011, pp. 464.

³⁴ «En dialoguant le juge cherche au-delà de ces frontières les solutions à une question juridique. Pour certains auteurs, il recherche donc la règle universelle, la règle que tous les systèmes reconnaissent et respectent». Blouin, Cécile: «Le dialogue judiciaire entre la CEDH et la CIDH à la lumière de l'affaire Mazni c. Roumanie», 2009. Disponible en: <http://m2bde.u-paris10.fr/content/le-dialogue-judiciaire-entre-la-cedh-et-la-cidh-%C3%A0-la-lumi%C3%A8re-de-l%E2%80%99affaire-mazni-c-roumanie-p> [Visitado 30/1/2014]



En forma preliminar, quizás vale la pena recordar las palabras de la Relatora Especial sobre la Independencia de los Jueces, en su Informe 2010: “La calidad de la administración de justicia tiene un impacto directo en la democracia y en el desarrollo de los Estados, que es la razón por la cual la independencia de la profesión jurídica necesita ser reforzada. Jueces, fiscales, defensores públicos y abogados deben estar conscientes y sensibles frente a los estándares de derechos humanos, sus principios, reglas y la jurisprudencia de los sistemas internacionales de derechos humanos y tribunales internacionales y regionales, en orden a fortalecer la democracia, el Estado de derecho y el buen gobierno a nivel nacional. Ellos deberían ser competentes para interpretar e implementar el derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno [...]”³⁵ En esta parte, pretendemos examinar la relación que se produce o se podría producir entre la jurisdicción estatal chilena y la jurisdicción interamericana de derechos humanos. Nuestro planteamiento es que la intensidad de esta relación a veces no es considerada en su real dimensión. Un análisis de algunos casos particulares nos permitirá evidenciar que la interacción entre jurisdicciones es más intensa que la aparente.

5.1. El diálogo de ‘abajo-arriba’

Comenzaremos, particularmente, abordando, primero, el Tribunal Constitucional y, posteriormente, la Corte Suprema. En primer lugar, veremos la interacción que hemos denominado de ‘abajo-arriba’, esto es, tribunales nacionales –especialmente el caso chileno– usando jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y luego, examinaremos la interrelación de ‘arriba-abajo’, esto es, la Corte IDH usando jurisprudencia de tribunales nacionales.

5.2. Tribunal Constitucional chileno

Existe un número no despreciable de sentencias del Tribunal Constitucional chileno que usan, casi siempre con el fin de reforzar su argumentación y/o de demostrar como su argumentación es armónica con los argumentos, razonamientos o principios desarrollados por la Corte IDH. La pregunta que nos planteamos primeramente en este acápite es ¿en qué casos el Tribunal Constitucional Chileno ha usado y cómo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Una vez que hayamos dado algunos ejemplos de este diálogo con la jurisdicción interamericana, abordaremos la pregunta ¿en qué casos el Tribunal Constitucional

³⁵ HRC: *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Gabriela Carina Knaul de Albuquerque e Silva*. U.N. Doc. A/HRC/14/26, 9 April 2010, para. 19.



Chileno ha usado y cómo, las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Desde ya cabe dejar claro que este examen es a título ejemplar y no es exhaustivo.

5.3. Uso de la jurisprudencia contenciosa

El Tribunal Constitucional chileno ha usado y citado decisiones judiciales pronunciadas en casos contenciosos -y los razonamientos contenidos en ellos- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ocasiones, este proceder se produce en el fallo de mayoría, y en ocasiones en los votos y prevenciones separadas. A continuación examinaremos primeramente los casos que corresponden al voto de mayoría y subsecuentemente, analizaremos los casos vinculados a los votos separados.

En primer lugar, en un caso sobre un requerimiento de inaplicabilidad, a propósito del acceso a la información pública, de 2011, el Tribunal Constitucional chileno ha recurrido a la jurisprudencia de la Corte IDH, a fin de resaltar la relación entre transparencia pública y democracia. En efecto, el Tribunal Constitucional ha indicado:

“Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”* (Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*, de 19 de septiembre de 2006, párr. 86).”³⁶

En segundo lugar, en el caso de la acción para que se declarara la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad, de 2010, el Tribunal Constitucional chileno recurrió nuevamente a la jurisprudencia de la Corte IDH, a propósito del contenido de la libertad de expresión, sosteniendo:

“Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, por lo que comprende

³⁶ Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jorge Cabezas Villalobos y otros trabajadores de Televisión Nacional de Chile respecto del artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos Rol N° 945-2010 sobre reclamo de ilegalidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Consejo para la Transparencia. (1732-10-INA y N° 1800-10-INA (acumulados)). Rol N°1732-10. Sentencia de fecha 21 de junio de 2011. Considerando 14°.*



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. (Caso “Palamara Iribarne”, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, p. 73).”³⁷

En este mismo caso, el Tribunal Constitucional chileno se apoya nuevamente en las enseñanzas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para fortalecer su argumentación jurídica en torno al principio de legalidad penal, afirmando:

“Que estas normas afectan, ciertamente, a las organizaciones sociales y políticas que incurran en tales conductas, según sea la legislación de cada país. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exhortado a “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).”³⁸

Como se observó precedentemente, también existen casos en los que se usa la jurisprudencia de la Corte IDH, en votos separados o prevenciones. Así, en el caso del Control de constitucionalidad del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, de 2012, en una prevención de la Ministra Marisol Peña, se recurrió a la Corte IDH, a propósito de la noción misma de discriminación:

“La interpretación del concepto de discriminación arbitraria que se contiene en la norma comentada se realiza porque, claramente, no existe uniformidad en su alcance y contenido, tal como lo ha demostrado la reciente sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 24 de febrero de este año, en el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, donde la propia Corte reconoce que “*la Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de “discriminación”*” (considerando 81). Ésta es la razón que lleva a la Corte a construir un concepto jurisprudencial de discriminación que se basa en los parámetros que se desprenden de otros instrumentos internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de

³⁷ Tribunal Constitucional: *Requerimiento de parlamentarios y otros para que se declare la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad*. Rol N°567-07. Sentencia de fecha 3 de junio de 2010. Considerando 35°.

³⁸ Tribunal Constitucional: *Requerimiento de parlamentarios y otros para que se declare la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad*. Rol N°567-07. Sentencia de fecha 3 de junio de 2010. Considerando 41°.



Discriminación contra la Mujer, a partir de las cuales entiende por discriminación (aunque no necesariamente arbitraria): “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*” (Considerando 81).”³⁹

En segundo lugar, en el destacado caso del control de constitucionalidad de la ley orgánica del tribunal constitucional, de 2009, el voto disidente de los Ministros Sres. Juan Colombo, José Luis Cea y Marisol Peña señaló:

“Que podría sostenerse que la obligación de cumplir los tratados internacionales, que se traduce en que sus disposiciones pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional, sólo resulta aplicable a los órganos que intervienen en la suscripción, aprobación y ratificación de los tratados, esto es, el Presidente de la República y el Congreso Nacional.

Tal argumento, propio exclusivamente de un análisis de derecho interno, resulta desvirtuado si se tiene presente que la responsabilidad internacional por la comisión de un ilícito internacional es atribuible al Estado como sujeto de derecho internacional y no a órganos determinados de éste, como podría ser el caso del Congreso Nacional o de los tribunales de justicia considerados independientemente. Así se expresó en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida al caso de la película “La Última Tentación de Cristo” (considerando 81 de la sentencia de 5 de febrero de 2001).

Luego, por mucho que no sea el Presidente ni el Congreso, sino que el propio Tribunal Constitucional quien, con su actuación, produzca la derogación, modificación o suspensión de un tratado, igualmente se generará responsabilidad internacional para el Estado como un todo.

Así, la ubicación de la norma contenida en el inciso quinto del artículo 54, N° 1) de la Constitución no debe inducir a confusiones en el sentido anotado;”⁴⁰

³⁹ Tribunal Constitucional: *Control de constitucionalidad del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación.* (Boletín N° 3815-07). Ley N° 20.609 (D. Oficial: 24/07/2012). Rol N° 2231-12. Sentencia de fecha 28 de junio de 2012. Prevención de la Ministra Marisol Peña Torres. Considerando 12°.

⁴⁰ Tribunal Constitucional: *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.* (Boletín 4059-07). Ley N° 20.381 (D.

5.4. Uso de Opiniones Consultivas

Los casos anteriores, mencionados a título ejemplar, se referían a sentencias de la Corte Interamericana pronunciadas en procesos contenciosos. Veamos ahora, ¿en qué casos el Tribunal Constitucional Chileno ha usado y cómo, las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

En primer lugar, en un caso de acción de inaplicabilidad en materia penal, en 2011, el Tribunal Constitucional chileno recurrió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta vez, respecto de la Opinión Consultiva 17/02 (2002), y a propósito del principio de protección especial que el niño requiere, sosteniendo:

“Así, la finalidad perseguida por el legislador, en el artículo 365 del Código Penal, es objetiva y concordante con el resto de la legislación que se ha citado como protectora de la niñez. Su concreción es consonante, a su vez, con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1° de la Carta Fundamental que impone al Estado el deber de “dar protección a la población”, lo que adquiere una especial connotación cuando se trata de los más desvalidos.

Asimismo, se ajusta a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente en cuanto a la prevalencia del “interés superior del niño”, entendiéndose por tal a “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*” (Artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada por Decreto Supremo N° 380, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 14 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre del mismo año).

Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el interés superior del niño justifica la necesidad de que le sea dada una protección especial, en vista de su falta de madurez física y mental, debilidad o inexperiencia (OC-17/02 de 28 de agosto de 2002). (El subrayado es nuestro);⁴¹

Oficial 28/10/2009). Rol N° 1288-08. Sentencia de fecha 25 de agosto de 2009. Voto disidente de los Ministros Sres. Juan Colombo, José Luis Cea y Marisol Peña, letra r).

⁴¹ Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jorge Washington Sepúlveda Álvarez respecto del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N° 1287-2008, RUC N° 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete*. Rol N° 1683-10. Sentencia de fecha 4 de enero de 2011. Considerando 28°.

En segundo lugar, en un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, de 2008, el Tribunal Constitucional ha citado la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte IDH, a propósito de un principio crucial de interpretación en derechos fundamentales, afirmando:

“Que, para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudir a aquellos criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, por ser ésta la materia comprometida en el presente requerimiento.

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);⁴²

Un año después, en un requerimiento de inconstitucionalidad respecto de un proyecto de ley que regula la Ley General de Educación, el Tribunal Constitucional recurrió nuevamente a la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte IDH, utilizando exactamente la misma cita, lo que permite pensar que el Tribunal Constitucional chileno ha asumido como suya esta enseñanza de la Corte IDH, incorpora en su jurisprudencia este principio vital de interpretación en materia de derechos fundamentales y, consecuentemente, aplica como principio rector de interpretación en derechos fundamentales el principio *pro homine*.⁴³

En un caso sobre el control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, de 2012, en una prevención de algunos Ministros del Tribunal Constitucional, se ha citado la

⁴² Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud. Rol N° 740-07. Sentencia de fecha 18 de abril de 2008. Considerando 66°.*

⁴³ “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);” Tribunal Constitucional: *Sentencia recaída en el requerimiento de 10 Senadores de la República en contra de la constitucionalidad de determinados artículos del proyecto de ley que establece la Ley General de Educación (LEGE). Rol N°1361-09. Sentencia de fecha 13 de mayo de 2009. Considerando 73°.*



Opinión Consultiva 16/99 de la Corte IDH, razonando sobre la expulsión de extranjeros del territorio nacional y sus límites:

“Todo extranjero siempre ha de contar con garantías judiciales que lo asistan frente a una expulsión, del derecho de revisión por autoridad competente y de la asesoría de alguien que lo represente (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva OC-16/99, de 1° de octubre de 1999, a petición de México, interpretó la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en el sentido de que todo extranjero tiene derecho a la información sobre la asistencia consular desde que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, derecho a la notificación consular y que ésta sea transmitida sin demora. Por supuesto que el extranjero puede rechazar la ayuda consular.”⁴⁴

Aparte de los casos que han sido ya analizados, es posible formularse similares interrogantes pero, esta vez, respecto de la Corte Suprema chilena.

5.5. Corte Suprema de Chile

Desde el punto de vista de la jurisdicción ordinaria, se plantea la pregunta ¿en qué casos la Corte Suprema chilena ha usado y cómo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

5.6. Uso de jurisprudencia contenciosa

La Corte Suprema, al menos en su sala penal, ha sido más receptiva que el Tribunal Constitucional para aceptar, recoger y seguir las enseñanzas de la Corte IDH. Luego del regreso a la democracia, en 1990, gran cantidad de causas por violaciones a los derechos humanos se presentaron y debieron ser resueltas en último término por la Corte Suprema. Básicamente, es en esta materia donde comenzó la apertura de del máximo tribunal a la jurisprudencia interamericana de derechos humanos y, en general, a la jurisprudencia internacional. Por esta razón, no es de extrañar que los casos más citados y las enseñanzas más usadas de la jurisdicción interamericana por la Corte Suprema sean aquellas referidas a la jurisprudencia fundante de

⁴⁴ Tribunal Constitucional: *Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. (Boletín N° 5838-07). Ley N° 20.603 (D. Oficial: 27/06/2012). Rol N° 2230-12. Sentencia de fecha 5 de junio de 2012. Prevención Sres. Ministros Hernán Vodanovic, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García. Considerando 5°.*



grandes principios rectores relativos a las graves violaciones a los derechos humanos que se produjeron sistemáticamente, no sólo en Chile, sino, en general, en toda Latinoamérica.

En primer lugar, en una serie de casos vinculados a violaciones graves de los derechos humanos y acceso a la justicia, la Corte Suprema ha utilizado la jurisprudencia interamericana para afirmar el deber de investigar del Estado, la inadmisibilidad de amnistías, indultos y la imposibilidad de la prescripción extintiva de la acción. Destacan entre los citados, el caso Velásquez Rodríguez, el caso Barrios Altos y La Cantuta:

“Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que los estados deben disponer de medios idóneos de investigación, respondiendo a parámetros de eficiencia y no de formalidad, reprochando la inhibición de mecanismos que fueron diseñados teóricamente (Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, considerandos 119, 167 y 178)”⁴⁵

Junto con lo anterior, la Corte Suprema también ha usado esta misma jurisprudencia de la Corte IDH respecto del pago de una justa indemnización a la parte lesionada, afirmando:

“Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de manifestar que el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, a que se refiere el inciso 1° del artículo 63 de la Convención Americana, "no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo"(Sentencia en caso Velásquez Rodríguez, Serie C, N° 4, 1.988, par. 30). Para este órgano de justicia supranacional, por ende, el tema de las reparaciones por violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, se sitúa en una perspectiva que trasciende del derecho interno y que obliga al intérprete a resolver teniendo en cuenta exclusivamente las reglas y principios que son propios de aquel entorno, con prescindencia del ordenamiento doméstico.”⁴⁶

⁴⁵ Corte Suprema: Rol N° 10665-11. Considerando 10°; Corte Suprema: Rol N°5570-07. Voto en contra del Ministro señor Muñoz, N° 10; SCS rol n° 12357-11, voto en contra del Ministro Señor Muñoz, n° 10; SCS rol n°4734-12, voto en contra del Ministro Sr. Muñoz y el Ministro Suplente Sr. Escobar n°10; SCS rol n° 2724-10, voto en contra de Ministro Sr. Cerda, n° 10; SCS rol n° 8962-09, voto en contra del Ministro Sr. Muñoz, n°10; SCS rol n° 9718-09, voto en contra del Ministro Sr. Muñoz, n°10.

⁴⁶ SCS rol n°4042-09, prevención del Abogado Integrante Sr. Hernández, n°12; SCS rol n°558-09, prevención del Abogado Integrante señor Mauriz n°12; SCS rol n°123-09 ,prevención del Ministro señor Araya y el Abogado Integrante señor Mauriz, n°12; SCS n° 1741-08, prevención del Abogado Integrante señor Mauriz n°12; SCS n°2493-08, prevención del Abogado Integrante señor Mauriz, n°12; SCS rol n°5720-10, voto en contra del Abogado Integrante Sr. Hernández n° 12; SCS rol n°4042-09, voto en



En segundo lugar, la Corte Suprema se ha referido a la jurisprudencia de la Corte IDH que desarrolló el debatido problema de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad en materia de violaciones a los derechos humanos:

“En el mismo sentido la referida Corte ha expresado la inadmisibilidad de las disposiciones relativas a la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (Caso Barrios Alto Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001).”⁴⁷

En esta misma línea, en un caso sobre acceso a la reparación integral derivada de las violaciones graves a los derechos humanos, la Corte Suprema ha utilizado la jurisprudencia de la Corte IDH relativa al caso Barrios Altos y La Cantuta.

“La Corte Interamericana ha aclarado, además, que el artículo 63.1 de la Convención que consagra el deber de reparar, no se remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de modo que “acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. La obligación de reparar se regula por el derecho internacional y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno (Corte I. D. H., caso La Cantuta vs Perú. Sentencia de 29 de noviembre 2006). En el mismo sentido, en el denominado caso Barrios Altos, la Corte Interamericana declaró en fallo del 14 de marzo de 2001 que son inadmisibles las disposiciones sobre amnistía y prescripción y que ese precepto consagra el deber de reparar. Comentando esos fallos de la Corte Interamericana el profesor Gonzalo Aguilar expresa que la Corte “pone de relieve

contra del Ministro señor Brito y del Abogado Integrante señor Bates, n° 7; SCS rol n°4042-09, voto en contra del Ministro señor Brito y del Abogado Integrante señor Bates, n° 7; SCS n°514-08, prevención del Abogado Integrante señor Mauriz, n° 12; SCS n° 5600-07, prevención del Abogado Integrante señor Mauriz, n° 12; SCS n° 3956-07, prevención del Abogado Integrante señor Mauriz, n° 12. SCS rol n°4622 voto en contra del Ministro señor Brito, n° 7; SCS n°2080-08, c. 11°.

⁴⁷ SCS rol n°6458-2008, voto en contra del Ministro señor Muñoz, n°10.

magníficamente la relación entre el ser humano, el Derecho, los derechos humanos y el tiempo, donde el derecho a la verdad, la prohibición de la impunidad, la reparación integral de la víctima y sus familiares y las garantías de no repetición, se proyectan y extienden a lo largo de todo el espectro espacio temporal “ porque “el pasado, el presente y el futuro han sido determinados por actos u omisiones del hombre, que han marcado a la humanidad y cuyas consecuencias comprenden con igual fuerza el castigo, la reparación y la prevención (Gonzalo Aguilar, Revista Ius et Praxis, v.14 N° 2, pág. 5 Universidad de Talca, 2008).”⁴⁸

En tercer lugar, en otro caso, la Corte Suprema ha utilizado la jurisprudencia interamericana relativa a Claude Reyes y otros contra Chile, a propósito del acceso a la información pública, señalando:

“Porque el derecho a conocer los hechos de relevancia pública que ocurren en el medio social y su veracidad, facilita el control ciudadano como titular del poder soberano y por lo tanto sujeto activo y participativo de la sociedad política de equivalente relevancia y estrecha relación con otros derechos como el de la educación. El acceso a la información de los órganos del Estado es un bien público de trascendencia para el control ciudadano de los asuntos de interés general debiendo los gobiernos garantizar efectivamente la libre circulación de la información, lo que promueve a su vez el desarrollo social (El derecho a la información en el ámbito del derecho constitucional chileno y comparado, Humberto Nogueira, Ius et Praxis, Universidad de Talca, año 6 N° 1 ISSN 0717–2877 páginas 321 y siguientes) y sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre acceso a la información de 19 de Septiembre de 2006 (Claude Reyes y otros con Fisco).”⁴⁹

Por otra parte, como se ha dicho, en los votos separados o prevenciones, de los Ministros de la Corte Suprema, se ha recurrido reiteradamente a la jurisprudencia de la Corte IDH y, además, se ha reconocido expresamente el bloque constitucional de derechos fundamentales. Así, se ha sostenido:

“Tal carácter, en lo tocante a la indemnización de perjuicios, hace aplicable también en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares para “conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” (Caso Barrios Alto Perú, sentencia de la Corte

⁴⁸ Corte Suprema: Rol N° 3841-12. Considerando 6°

⁴⁹ Corte Suprema: Rol N° 6663-12. Considerando 7°. (La cursiva es nuestra)



Interamericana de Derechos Humanos, de 14 de marzo de 2001) los convenios o tratados internacionales que deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento de derecho internacional y de buena fe (*bonna FIDE*), (*pacta sunt Servanda*), regla de derecho internacional que se considera *ius cogens*, y además de derecho consuetudinario internacional [...].”⁵⁰

Del mismo modo, entre los votos separados o prevenciones se ha recurrido a la jurisprudencia de la Corte IDH en especial en lo relativo a la determinación de una adecuada reparación, afirmando:

“Que, siempre dentro de esta misma línea argumental, es dable agregar que, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la indemnización compensatoria a las víctimas no tiene por qué traducirse, forzosamente, en una suma de dinero, por existir variados precedentes jurisprudenciales, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acerca de equivalentes compensatorios distintos, que se analogan a la indemnización pecuniaria, lo que es ampliamente demostrativo de que aquélla no es insustituible ni irrenunciable y, por lo mismo, tampoco no susceptible de interrumpirse por la tácita decisión de renunciar a ella, consiguiente al no ejercicio de acciones civiles por sus titulares. En efecto, ha expresado esa Corte que el reconocimiento de responsabilidad reiterado por el agente del Estado en el curso de la audiencia pública de rigor "constituye una adecuada reparación y no procede decretar otras más" (Caso El Amparo vs. Venezuela, de 14.09.96, Reparaciones, supra 15, parr. 62).”⁵¹

También, entre los votos separados o prevenciones de la Corte Suprema se ha recurrido a la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de la determinación de un nuevo supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad jurisdiccional, indicando:

⁵⁰ SCS rol n°6566-09, voto en contra del Ministro Sr señor Brito y del Abogado Integrante Sr Bates; SCS rol n°4042-09, voto en contra del Ministro señor Brito y del Abogado Integrante señor Bates, n°3; SCS rol n° 4622 voto en contra del Ministro señor Brito, n° 3; SCS n° 4546-2008, voto en contra del Ministro Señor Brito, n°2; SCS n°1741-08, voto en contra del Ministro Señor Brito n°2; CSC n°2080-08, c. 7°.

⁵¹ SCS rol n°4042-09, prevención del Abogado Integrante Sr. Hernández, n° 8; SCS rol n°558-09, Prevención del Abogado Integrante señor Mauriz n°8; SCS rol n°123-09, Prevención del Ministro señor Araya y el Abogado Integrante señor Mauriz, n°8; CSC n°2493-08, prevención del Abogado Integrante señor Mauriz, n°8.



“Que el Derecho Convencional, incorporado en el derecho interno por la vía del inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental, ha venido pues a consagrar un nuevo supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad jurisdiccional, consistente en la transgresión de cualquier derecho o libertad resguardados en este caso- en la Convención Americana, tantas veces citada. Al decir del ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, don Antonio Cançado Trindade, el Estado infractor que incurre en tales violaciones incurre en responsabilidad internacional objetiva (Voto concurrente en sentencia recaída en el caso La última tentación de Cristo, de 28.11.2003), por lo cual debe responder en todo caso, independiente de toda consideración subjetiva, con tal que medie relación de causalidad entre el resultado dañosos y la contravención producida.”⁵²

5.7. Uso de jurisprudencia consultiva

Los votos o prevenciones de los Ministros de la Corte Suprema también han recurrido a las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta parte, habría concordancia práctica y asimetría entre las referencias usadas tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema.

"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)".⁵³

5.8. Uso de las enseñanzas provenientes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En esta parte, intentamos abordar la siguiente cuestión: ¿en qué casos la Corte Suprema chilena ha usado y cómo, los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos?

⁵² CSC n° 6190-2012, voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch, n° 4

⁵³SCS rol n°4734, voto en contra del Ministro Sr. Muñoz y el Ministro Suplente Sr. Escobar n°19; SCS rol n°8732-09, voto en contra del Ministro Sr. Muñoz y el Ministro Suplente Sr. Pozo n°19; SCS rol n°9718-09, voto en contra del Ministro Sr. Muñoz, n°19.



Del mismo modo, los votos separados o prevenciones de los Ministros de la Corte Suprema, han citado o usado informes o recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, particularmente en lo relativo a los informes sobre país, donde se examinaba el cumplimiento de los estándares internacionales a propósito de la detención de personas durante los gobiernos autoritarios en América Latina:

“La detención de personas por tiempo indefinido, sin formulación de cargos precisos, sin proceso, sin defensor y sin medios efectivos de defensa, constituyó indudablemente una violación del derecho a la libertad y al debido proceso legal incluso durante el estado de sitio, tal como fuera afirmado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina publicado en abril de 1980, luego de una visita in loco realizada en el año 1979.”⁵⁴

Como se ha podido apreciar, la Corte Suprema chilena, ya sea a través de sus sentencias o bien por la vía de las prevenciones o votos separados, ha usado intensamente la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH y, en alguna medida, la jurisprudencia consultiva. Destaca, en nuestra opinión, la aceptación y utilización por parte de la Corte Suprema chilena del principio crucial de interpretación de los derechos fundamentales denominado *pro homine*, al igual que ocurre, como se vio, con el Tribunal Constitucional. Este último constituye, por tanto, un rasgo característico común entre la jurisdicción constitucional y ordinaria chilena vis-à-vis la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. Ahora deberíamos examinar qué ocurre con el diálogo multinivel entre jurisdicciones en el otro sentido, esto es, de arriba-abajo.⁵⁵

6. La comunicación entre la corte idh y los tribunales nacionales: el diálogo de ‘arriba-abajo’

El diálogo entre jueces desde la perspectiva de los derechos humanos, no sólo se produce en la dirección de los tribunales estatales vis-à-vis la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que también ocurre en la otra dirección que nosotros denominamos de arriba-abajo, esto es,

⁵⁴ SCS rol n° 290-12, c. 11° n° 3

⁵⁵ Aguilar Cavallo, Gonzalo: “El diálogo judicial multinivel”, en Nogueira Alcalá, Humberto: *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Librotecnia, Santiago de Chile, 2013, pp. 55-102.



la Corte IDH se nutre, usa, se apoya y se refiere a decisiones judiciales pronunciadas por tribunales estatales.

6.1. El caso de Chile

Una de las preguntas relevantes que surgen en este ámbito es si ¿se refiere y se apoya la Corte Interamericana de Derechos Humanos en algunos casos contra Chile en decisiones de tribunales estatales? ¿Cómo usa la Corte IDH estas sentencias y con qué fin? En esta sección se analizarán brevemente el caso *Almonacid* y el caso *Atala*.

6.1.1. Caso Almonacid

En el conocido caso *Almonacid y otros vs. Chile* de 2006, si bien es cierto que no aparecen citas a fallos nacionales, resulta relevante destacar la utilización que la Corte IDH hace de los pronunciamientos emanados del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra. En este caso, podríamos decir que opera un diálogo internacional entre jurisdicciones de carácter vertical, ya que la comunicación se produce entre un tribunal internacional de carácter regional y un tribunal internacional de carácter universal.

“Por su parte, el Tribunal Militar Internacional para el Juzgamiento de los Principales Criminales de Guerra (en adelante “el Tribunal de Nuremberg”), el cual tenía jurisdicción para juzgar los crímenes establecidos en el Acuerdo de Londres, indicó que la Estatuto de Nuremberg “es la expresión de derecho internacional existente en el momento de su creación; y en esa extensión es en sí mismo una contribución al derecho internacional”. Con ello reconoció la existencia de una costumbre internacional, como una expresión del derecho internacional, que proscribía esos crímenes.”⁵⁶

6.1.2. Caso Atala

En la línea que se ha venido desarrollando, se podría sostener que la Corte IDH, en el caso *Atala Riffo* de 2012, ha tomado nota de una importante cantidad de sentencias pronunciadas por

⁵⁶ Corte IDH: Caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” del 26 de Septiembre de 2006, paras. 97 y 98.



los tribunales nacionales en donde se muestra el apego de la jurisprudencia nacional al derecho internacional.⁵⁷

En el *caso Atala Riffo vs Chile* de 2012, se puede observar que la jurisdicción interamericana desarrolla un diálogo multinivel y multifuncional, el cual, forma parte de la propia dinámica del diálogo global entre jueces, especialmente, en cuanto al ámbito de la protección de los derechos humanos. De esta manera, en este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha recurrido y ha utilizado decisiones judiciales de tribunales estatales (a), de otras jurisdicciones internacionales (b), y de órganos cuasi-jurisdiccionales internacionales (c), como queda demostrado a continuación:

a) Tribunales estatales

En este caso, la Corte IDH entabla un diálogo fértil con las jurisdicciones estatales con dos objetivos claros: por un lado, la Corte IDH quiere ejemplificar su argumentación a título de demostración o prueba, y, por otro lado, los jueces interamericanos también usan la jurisprudencia estatal para reforzar su razonamiento e interpretación jurídicos.

En efecto, en primer lugar, la Corte IDH entra en un diálogo con jueces estatales a propósito del ejercicio y realización del denominado control de convencionalidad. Entonces, para

⁵⁷ “Cfr. Sentencias de primera instancia: *Sentencia RIT No. C-178-2005* emitida por el Juzgado de Familia de Santa Cruz; *Sentencia RIT No. C-917-2005* emitida por el Juzgado de Familia de Temuco; *Sentencia RIT No. C-1075-2008* emitida por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, y *Sentencia RIT No. C-1049-2010* emitida por el Juzgado de Familia de Villarrica. Sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia de Chile: *Vásquez Martínez*, Rol No. 559-2004 de 13 de diciembre de 2006; *Albornoz Agüero*, Rol No. 4183-2006 de 18 de abril de 2007; *Massis con Sánchez*, Rol No. 608-2010 de 24 de junio de 2010; *Mesa con De la Rivera*, Rol No. 4307-2010 de 16 de agosto de 2010; *Poblete con Díaz*, Rol. 5770-2010 de 18 de noviembre de 2010; *Barrios Duque*, Rol. 1369-09 de 20 de enero de 2010; *Encina Pérez*, Rol No. 5279-2009 de 14 de abril de 2010; “*Episodio Chibuío*”, Rol No. 8314-09 de 27 de enero de 2011; *Fariás Urzúa*, Rol No. 5219-2010 de julio de 2011; *Iribarren González*, Rol No. 9474-2009 de 21 de diciembre de 2011; *Silva Camus*, Rol No. 1198-2010 de 20 de diciembre de 2010; *Figueroa Mercado*, Rol No. 3302-2009 de 18 de mayo de 2010; *González Galeano*, Rol No. 682-2010 de 19 de agosto de 2011; *Ríos Soto*, Rol No. 6823-2009 de 25 de agosto de 2011; *Hermanos Vergara Toledo*, Rol No. 789-2009 de 4 de agosto de 2010; *Prats González*, Rol No. 2596-2009 de 8 de julio de 2010; *Aldoney Vargas*, Rol No. 4915-2009 de 5 de mayo de 2011; *Linares Solís*, Rol No. 2263-2010 de 27 de abril de 2011; *Ortega Fuentes*, Rol No. 2080-2008 de 8 de abril de 2010; *Robotham y Thanby*, Rol No. 5436-2010 de 22 de junio de 2011; *Juan Llaupé y otros*, Rol No. 5698-2009 de 25 de enero de 2011, y *Soto Cerna*, Rol No. 5285-2010 de 11 de junio de 2011. Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional: *Rol No. 786-07* de 13 de junio de 2007, y *Rol No. 1309-09* de 20 de abril de 2010 (expediente de fondo, tomo XII, folios 5882, 5912, 5913, 5914, 5956 a 6325, y expediente de fondo, tomo XIII, folios 6325 a 7039).” Corte IDH: *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), nota 278.



confirmar esta obligación, el juez interamericano, recurre a la práctica judicial estatal y muestra la evidencia de ello.

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.

En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana.”⁵⁸

En segundo lugar, en el presente caso, la Corte IDH recurre también a la jurisprudencia de tribunales estatales, como inspiración y reforzamiento de su argumentación. Aquí estaríamos frente a un diálogo vertical entre un órgano estatal jurisdiccional y un órgano internacional jurisdiccional. En este caso, usa la jurisprudencia estatal para afirmar que la orientación sexual de una persona forma parte de la identidad personal y es un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga, lo que incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo, y pertenece a la vida privada y familiar:

⁵⁸ Corte IDH: *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 282, 283, 284.

“Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha señalado que: de la dignidad humana [...] deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, [...] su libre opción sexual. [L]a orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, [es] un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo.”⁵⁹

b) Otras jurisdicciones internacionales

Asimismo, la Corte IDH recurre a la jurisprudencia de otro tribunal internacional regional de derechos humanos, en este caso, su homólogo europeo, esto es, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con diversos objetivos.

En primer lugar, con el objetivo de importar y aplicar un principio de interpretación especialmente valioso en el ámbito de los derechos humanos.

“La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”⁶⁰

En segundo lugar, con el objetivo de reforzar su argumentación y dar ejemplos provenientes de otras jurisdicciones. En este caso, tratando de reforzar el argumento de que la orientación sexual es una categoría de discriminación prohibida.

“Respecto a la inclusión de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual es “otra condición” mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los

⁵⁹ Corte IDH: *Caso Atala Ríffo y niñas vs Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 137.

⁶⁰ Corte IDH: *Caso Atala Ríffo y niñas vs Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), paras. 83 y 86.



Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante “Convenio Europeo”), el cual prohíbe tratos discriminatorios. En particular, en el Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, el Tribunal Europeo concluyó que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo. Asimismo, en el Caso Clift vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo “otra condición”, es otro ejemplo específico de los que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona.”⁶¹

“En ello es coherente con la jurisprudencia internacional. En el caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad).”

“Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el Caso Karner vs. Austria, que: El objetivo de proteger la familia en el sentido tradicional es más bien abstracto y una amplia variedad de medidas concretas pueden utilizarse para implementarlo [...] como es el caso cuando hay una diferencia de trato basada en el sexo o en la orientación sexual, el principio de proporcionalidad no solamente requiere que la medida escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado. También se debe demostrar que era necesario excluir a ciertas categorías de personas para lograr ese objetivo”.⁶²

“Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia, y el artículo 8 del Convenio Europeo tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas y establecer obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar.”⁶³

⁶¹ Corte IDH: *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 87.

⁶² Corte IDH: *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 143-144.

⁶³ Corte IDH: *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 171.



En tercer lugar, la Corte IDH también ha recurrido en el caso *Karen Atala*, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con el objeto de importar una doctrina desarrollada por dicho tribunal y aplicarla al *cas d'espèce* como solución, a propósito sobre todo de fundar que la prohibición de la discriminación por orientación sexual implica una protección que se extiende o incluye el proyecto de vida de las personas y su vida privada.

“La Corte Interamericana considera necesario recalcar que el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas. Al respecto, en el Caso *Laskey, Jaggard y Brown vs. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que tanto la orientación sexual como su ejercicio son un aspecto relevante de la vida privada.”

“El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del mismo sexo. Además, el derecho a mantener relaciones personales con otros individuos, en el marco del derecho a la vida privada, se extiende a la esfera pública y profesional.”⁶⁴

En cuarto lugar, del mismo modo, la Corte IDH se ha auxiliado de las enseñanzas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fundamentalmente con el objetivo de fundar y llenar de contenido su argumentación, en este caso, a propósito de la noción de familia en derechos humanos y el contexto de la vida familiar.

“Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar. De igual forma, el Tribunal Europeo ha interpretado el concepto de “familia” en términos amplios. Respecto a parejas de diferente sexo, ha señalado reiteradamente que: La noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros

⁶⁴ Corte IDH: *Caso Atala Rizzo y niñas vs Chile*. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), paras. 133 y 135.

vínculos de “familia” de facto donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es ipso jure parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que el goce mutuo de la compañía del otro entre los padres y el niño constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres esté rota, y [, en consecuencia,] medidas nacionales que limiten tal goce, conllevan una interferencia con el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio.”

“En el Caso X, Y y Z vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siguiendo el concepto amplio de la familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y un niño pueden configurar una familia, al señalar que: Al decidir si una relación puede considerarse como “vida familiar”, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo al tener hijos conjuntamente o por otros medios.”

“En primer lugar, y respecto a la protección convencional de parejas del mismo sexo, en el Caso Schalk y Kopf vs. Austria, el Tribunal Europeo revisó su jurisprudencia vigente hasta ese momento, en la cual solamente había aceptado que la relación emocional y sexual de una pareja del mismo sexo constituye “vida privada”, pero no había considerado que constituyera “vida familiar”, aun al tratarse de una relación a largo plazo en situación de convivencia. Al aplicar un criterio amplio de familia, el Tribunal Europeo estableció que “la noción de “vida familiar” abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”, pues consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la “vida familiar” en los términos del artículo 8” del Convenio Europeo.”⁶⁵

c) Órganos cuasi-jurisdiccionales internacionales

Del mismo modo, en este caso, la Corte IDH recurre a las enseñanzas derivadas de los órganos universales cuasi-jurisdiccionales de derechos humanos, esto es, los Comités u órganos de tratados. En este ámbito, también se aprecia un dialogo o comunicación entre la Corte IDH

⁶⁵ Corte IDH: Caso “*Atala Riffo y niñas vs. Chile*” del 24 de febrero de 2012, paras. 172, 173 y 174.



con los órganos de tratados, sobre todo, con el fin de reforzar y dar ejemplos, a propósito del argumento de la orientación sexual como categoría de discriminación prohibida.

“En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida consideradas en el artículo 2.1102 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2103 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos indicó en el caso *Toonen vs. Australia* que la referencia a la categoría “sexo” incluiría la orientación sexual de las personas.

Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación frente a diversas situaciones discriminatorias relacionadas con la orientación sexual de las personas, lo cual ha sido expresado reiteradamente en sus observaciones finales a los informes presentados por los Estados.

“Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinó que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social”. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones, respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación.

“El 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el “principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”. Asimismo, el 22 de marzo de 2011 fue presentada, ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la “Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos dirigidas contra las personas por su orientación sexual e identidad de género”. El 15 de junio de 2011 este mismo Consejo aprobó una resolución sobre “derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” en la que se expresó la “grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, [cometidos] contra personas por su orientación sexual e identidad de género”¹¹². La prohibición de discriminación por orientación



sexual ha sido resaltada también en numerosos informes de los relatores especiales de Naciones Unidas.”⁶⁶

2. El caso de Uruguay

En el famoso caso *Gelman vs Uruguay*, la Corte IDH también procede a realizar un diálogo o comunicación con otros tribunales o jueces, tanto internacionales como estatales extranjeros. En este caso, la Corte IDH recurre a la jurisprudencia de Chile, Perú, Uruguay, Honduras, El Salvador y Colombia.

Así, por ejemplo, en el caso mencionado, sostuvo respecto de la Corte Suprema de Justicia de Chile, lo siguiente:

“[Esa] Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado [...] reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos.”⁶⁷

“Recientemente, la misma Corte Suprema de Justicia de Chile, en el caso *Lecaros Carrasco*, anuló una sentencia absolutoria anterior e invalidó la aplicación de la amnistía chilena prevista en el Decreto Ley No. 2.191 de 1978, a través de una Sentencia de reemplazo en los siguientes términos⁶⁸:

[E]l delito de secuestro [...] tiene el carácter de delito de lesa humanidad y, por ende, no procede invocar la amnistía como una causal extintiva de la responsabilidad penal.”⁶⁸

Por su parte, en el caso mencionado, en cuanto a Perú, mencionó lo siguiente:

“Por otra parte, el Tribunal Constitucional de Perú, en el Caso de Santiago Martín Rivas, al resolver un recurso extraordinario y un recurso de agravio constitucional, precisó el alcance de las obligaciones del Estado en esta materia:

[E]l Tribunal Constitucional considera que la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la Sentencia

⁶⁶ Corte IDH: Caso *“Atala Rizzo y niñas vs. Chile”* del 24 de febrero de 2012, paras. 88, 89, 90.

⁶⁷ Corte IDH: Caso *“Gelman vs. Uruguay”* del 24 de Septiembre de 2011, para. 216.

⁶⁸ Corte IDH: Caso *“Gelman vs. Uruguay”* del 24 de Septiembre de 2011, para. 217.



de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese[n] aplicado las leyes de amnistía [...], tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal.”⁶⁹

Es interesante observar cómo, mientras la Corte IDH desarrolla su argumentación para sostener la inconvencionalidad de las leyes de amnistía o indulto, apoyándose para ello en la propia jurisprudencia proveniente de los Estados partes, emerge de dicha jurisprudencia, una muestra patente del derecho global en el ámbito de los derechos humanos.

De este modo, en *Gelman*, la Corte Interamericana se apoya en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, cuando sostiene:

“En el mismo sentido se pronunció la Suprema Corte de Justicia de Uruguay respecto de la Ley de Caducidad, [...] A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron [graves violaciones de derechos humanos], gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley [No.] 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.”⁷⁰

En el caso *Gelman*, la Corte IDH se esmeró en demostrar que estas enseñanzas eran doctrina establecida en la jurisprudencia de diversos países latinoamericanos, a saber, Honduras,⁷¹ El Salvador⁷² y Colombia.⁷³ Cabe a este respecto, resaltar una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que la propia Corte IDH enfatiza. La jurisprudencia mencionada sostiene lo siguiente:

⁶⁹ Corte IDH: Caso “*Gelman vs. Uruguay*” del 24 de Septiembre de 2011, para. 218.

⁷⁰ Corte IDH: Caso “*Gelman vs. Uruguay*” del 24 de Septiembre de 2011, para. 219.

⁷¹ Corte IDH: Caso “*Gelman vs. Uruguay*” del 24 de Septiembre de 2011, para. 220.

⁷² Corte IDH: Caso “*Gelman vs. Uruguay*” del 24 de Septiembre de 2011, para. 221.

⁷³ Corte IDH: Caso “*Gelman vs. Uruguay*” del 24 de Septiembre de 2011, para. 222.

“Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia señaló que “las normas relativas a los [d]erechos [h]umanos hacen parte del gran grupo de disposiciones de Derecho Internacional General, las cuales son reconocidas como normas de [j]us cogens, razón por la cual, aquellas son inderogables, imperativas [...] e indisponibles”. La Corte Suprema de Colombia recordó que la jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos deben servir de criterio preferente de interpretación tanto en la justicia constitucional como en la ordinaria y citó la jurisprudencia de este Tribunal respecto a la inaceptabilidad de las disposiciones de amnistía para casos de violaciones graves a derechos humanos.”⁷⁴

3. El caso de Brasil

En el caso de la Guerrilla de Araguaia, la Corte IDH recurre también a la jurisprudencia de tribunales estatales, tales como los tribunales de Chile, Perú, Uruguay y Colombia, en la misma línea que el caso Gelman. En este caso, el uso de la jurisprudencia estatal de los Estados partes en la Convención ADH cumple primordialmente el objetivo de fundamentar bien su decisión final, dando ejemplos nacionales que siguen el mismo razonamiento e interpretación jurídicos, lo cual sirve de evidencia de su posición jurídica, y por lo tanto, por esta vía, apuntala la rectitud de su interpretación.

Así, la Corte IDH se refiere y entabla un diálogo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile,⁷⁵ así como con el Tribunal Constitucional de Perú. Respecto de este último, la Corte IDH menciona:

“[...] el Tribunal Constitucional de Perú, en el Caso de Santiago Martín Rivas, al resolver un recurso extraordinario y un recurso de agravio constitucional, precisó el alcance de las obligaciones del Estado en esta materia: [E]l Tribunal Constitucional considera que la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese[n] aplicado las leyes de amnistía [...], tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también

⁷⁴ Corte IDH: Caso “*Gelman vs. Uruguay*” del 24 de Septiembre de 2011, para. 223.

⁷⁵ Corte IDH: Caso “*Guerrilla de Araguaia vs. Brasil*” del 24 de Noviembre de 2010, paras. 164-165.



toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal.”⁷⁶

En cuanto a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay respecto de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado en ese país, la Corte IDH recordó el criterio desarrollado por la mencionada Suprema Corte:

“A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron [graves violaciones de derechos humanos], gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley [No.] 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.”⁷⁷

Finalmente, respecto de Colombia, la Corte IDH ha usado tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia como de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. En lo que respecta a este último tribunal, se recordó el siguiente criterio jurisprudencial:

“Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia señaló que “las normas relativas a los [d]erechos [h]umanos hacen parte del gran grupo de disposiciones de Derecho Internacional General, las cuales son reconocidas como normas de [j]us cogens, razón por la cual, aquellas son inderogables, imperativas [...] e indisponibles”. La Corte Suprema de Colombia recordó que la jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos deben servir de criterio preferente de interpretación tanto en la justicia constitucional como en la ordinaria y citó la jurisprudencia de este Tribunal respecto a la inaceptabilidad de las disposiciones de amnistía para casos de violaciones graves a derechos humanos.”⁷⁸

2.4. El caso de Costa Rica

⁷⁶ Corte IDH: Caso “*Guerrilla de Araguaia vs. Brasil*” del 24 de Noviembre de 2010, paras. 166.

⁷⁷ Corte IDH: Caso “*Guerrilla de Araguaia vs. Brasil*” del 24 de Noviembre de 2010, para. 167.

⁷⁸ Corte IDH: Caso “*Guerrilla de Araguaia vs. Brasil*” del 24 de Noviembre de 2010, paras. 168-169.

En el conocido caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, la Corte IDH se esfuerza en demostrar su afirmación de que no existe un derecho absoluto a la vida prenatal, recurriendo para ello a las enseñanzas de otros tribunales internacionales y de tribunales estatales. En consecuencia, aquí se aprecia un diálogo fluido, al igual que ocurrió en el caso *Karen Atala*, con experiencias, razonamientos y argumentos provenientes de otros tribunales.

En este caso, la Corte IDH recurre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la perspectiva del diálogo horizontal internacional, y al Tribunal Constitucional Alemán, de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, de la Suprema Corte de la Nación Argentina y de la Suprema Corte de México, desde el punto de vista del diálogo vertical entre un órgano jurisdiccional internacional con un órgano jurisdiccional estatal de derechos humanos.

En este caso, la Corte IDH recurre intensivamente a la jurisprudencia del sistema europeo de protección de los derechos humanos, probablemente, porque la materia del caso es novedoso ante el sistema interamericano, a diferencia de lo que ocurre con la Corte Europea de Derechos Humanos, que tiene cierta experiencia lidiando con este tipo de casos. La Corte IDH recurre a este diálogo con los jueces europeos con diversos objetivos. En primer lugar, con el objetivo fundamental de reforzar su argumentación e interpretación jurídica ante un caso nuevo. En segundo lugar, con el objetivo, sobre todo, de nutrirse de los criterios, probablemente inexistente en el sistema interamericano y ya desarrollados en el sistema europeo. Y, en tercer lugar, con el objetivo de mostrar la coherencia y armonía en cuanto a la interpretación de una misma o similar situación jurídica de derechos humanos, todo ello dentro de un mismo nivel o grado jurisdiccional, siendo todos estos órganos pertenecientes a un mismo nivel jurisdiccional internacional. En resumen, y al igual que ocurrió en el caso *Atala*, en el caso *Artavia Murillo*, la Corte IDH entabla un diálogo fructífero y consistente con tribunales estatales, con otros tribunales internacionales y con órganos cuasi-jurisdiccionales internacionales, a la sazón, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.

a) Tribunales estatales

En primer lugar, en el caso *Artavia Murillo*, la Corte IDH ha recurrido a decisiones judiciales de tribunales estatales europeos y americanos para fundamentar su argumentación acerca de que la protección de la vida del no nacido no es absoluta y que este derecho en modo alguno suprimiría los derechos fundamentales de la mujer.

De este modo, en *Artavia Murillo* sostuvo que “En el ámbito europeo, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Alemania, resaltando el deber general del Estado de proteger al no nacido, ha establecido que “[l]a protección de la vida, [...] no es en tal grado absoluta que goce sin excepción alguna de prevalencia sobre todos los demás bienes jurídicos”, y que “[l]os derechos fundamentales de la mujer [...] subsisten de cara al derecho a la vida del nasciturus y consecuentemente han de ser protegidos”. Asimismo, según el Tribunal Constitucional de España, “[l]a protección que la Constitución dispensa al ‘nasciturus’ [...] no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto”.⁷⁹

Del mismo modo, usó razonamientos de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. En este último caso, utilizó el argumento que, “del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos.”⁸⁰

b) Otras jurisdicciones internacionales

En segundo lugar, la Corte IDH recurre intensivamente a las enseñanzas que proviene de la Comisión Europea de Derechos Humanos pero, por sobre todo, a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, para fundamentar argumentadamente acerca de la definición científica y legal del inicio a la vida, y el problema de cuándo el derecho a la vida inicia o comienza. Parece ser que aquí el diálogo judicial con la jurisdicción europea va en auxilio y en realidad aporta los fundamentos de la argumentación y razonamiento de la Corte IDH.

Interesa destacar en este sentido, el uso de la jurisprudencia europea, sobre todo con referencia al denominado ‘margen de apreciación nacional’. Así, la Corte IDH se nutre de lo razonado en el caso *Vo. Vs. Francia* “en el que se le tuvo que practicar un aborto terapéutico a la peticionaria por el peligro para su salud producido a raíz de tratamientos médicos inadecuados”, en donde la Corte Europea de Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 [derecho a la

⁷⁹ Corte IDH: Caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*” del 24 de Noviembre de 2012, para. 261.

⁸⁰ Corte IDH: Caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*” del 24 de Noviembre de 2012, para. 262.

vida] de la Convención Europea de Derechos Humanos sostuvo que “no ha determinado el problema del “inicio” de “el derecho de toda persona a la vida” dentro del significado de la disposición y si el no nacido tiene ese derecho a la vida.”⁸¹ La idea del margen de apreciación nacional en esta materia fue reforzada en el caso A, B y C vs. Irlanda, donde la Corte Europea de Derechos Humanos mencionó que la respuesta a la pregunta de cuando comienza el derecho a la vida entraba en el margen de apreciación “porque no había consenso europeo sobre la definición científica y legal del comienzo de la vida, por consiguiente, era imposible responder la pregunta de si la persona nonata era una persona que debía ser protegida conforme a los efectos del artículo 2”.⁸² Sin embargo, en esta línea, la Corte IDH enfatizó que la Corte EDH precisó que “ese margen de apreciación no es ilimitado” y que “la Corte tiene que supervisar si la interferencia constituye un equilibrio justo de los intereses contradictorios involucrados [...]. La prohibición de un aborto para proteger la vida de la persona nonata no se justifica automáticamente en virtud del Convenio sobre la base de deferencia sin restricciones a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la futura mamá al respeto de su vida privada es de menor talla”.⁸³

Del mismo modo, la Corte IDH recurrió a la jurisprudencia europea para fundamentar su reflexión acerca de si la protección que otorga el derecho a la vida, alcanza a los embriones, sobre todo en el contexto de fertilizaciones asistidas.

Así, la Corte IDH, aludió al razonamiento de la Corte EDH en el caso Vo. vs. Francia reiterado en el caso Evans vs. Reino Unido. En este último caso, la Corte EDH “confirmó la decisión respecto a la no violación del derecho a la vida, consagrado en el artículo 2, al indicar que “los embriones creados por el peticionario [y su pareja] no tienen el derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 de la Convención y que no ha, por lo tanto, habido una violación a tal provisión”.⁸⁴

⁸¹ Corte IDH: Caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*” del 24 de Noviembre de 2012, para. 237.

⁸² Corte IDH: Caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*” del 24 de Noviembre de 2012, para. 238.

⁸³ Corte IDH: Caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*” del 24 de Noviembre de 2012, para. 239.

⁸⁴ Corte IDH: Caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*” del 24 de Noviembre de 2012, paras. 240-241.



Además, la Corte IDH usó intensivamente otros casos ante la Corte EDH. Así, sostuvo que:

“En los Casos S.H. vs. Austria, y Costa y Pavan vs. Italia, que trataron, respectivamente, de la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros, y del diagnóstico genético preimplantacional, el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones.”⁸⁵

“Asimismo, en el caso Caso Costa y Pavan vs. Italia, el TEDH, en sus consideraciones previas sobre el derecho europeo relevante para el análisis del caso, resaltó que en “el caso Roche c. Roche y otros ([2009] IESC 82 (2009)), la Corte Suprema de Irlanda ha establecido que el concepto del niño por nacer (“unborn child”) no se aplica a embriones obtenidos en el marco de una fecundación in vitro, y estos últimos no se benefician de la protección prevista por el artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer. En este caso, la demandante, quien ya tuvo un hijo como resultado de la técnica de la fecundación in vitro, acudió a la Corte Suprema a fin de obtener la implantación de otros tres embriones obtenidos en el marco de la misma fecundación, a pesar de la ausencia del consentimiento de su compañero, del cual entretanto se había separado”⁴⁰⁰.”⁸⁶

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el posible conflicto entre el derecho a la vida privada, que incluye a los derechos a la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, y “la posibilidad que se extiendan en ciertas circunstancias disposiciones de protección para el no nacido, debe ser resuelto ponderando varios [...] derechos o libertades reclamados por una madre y un padre involucrados en una relación entre los dos o vis-á-vis con el feto”⁴²⁹. Dicho Tribunal ha expresado que una “consideración indebida de la protección de la vida prenatal o con base en que el derecho de la futura madre al respeto de su vida privada es de menor rango no constituye una ponderación razonable y proporcional entre derechos e intereses en conflicto”⁴³⁰. Asimismo, en el Caso Costa y Pavan vs. Italia, el Tribunal Europeo consideró que la prohibición absoluta del diagnóstico preimplantacional no era proporcional, debido a la legislación nacional inconsistente respecto a los derechos reproductivos, que, prohibiendo el diagnóstico preimplantacional, permitía al mismo tiempo la terminación del embarazo si un feto

⁸⁵ Corte IDH: Caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*” del 24 de Noviembre de 2012, paras. 242-251.

⁸⁶ Corte IDH: Caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*” del 24 de Noviembre de 2012, para. 252.



posteriormente demostraba síntomas de una grave enfermedad detectable por el diagnóstico preimplantacional⁴³¹.”⁸⁷

c) Órganos cuasi-jurisdiccionales internacionales

Por último, para sostener que el derecho a la vida prenatal no es un derecho absoluto, la Corte IDH recurre a la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, órgano cuasi-jurisdiccional que fue eliminado de la estructura institucional del sistema europeo de protección de los derechos humanos en 1998, pero cuyas enseñanzas siguen siendo valiosos aportes para el razonamiento en materia de derechos humanos.

En este sentido, la Corte IDH recuerda las enseñanzas emanadas de los casos *R.H. vs. Noruega* (1992) y *Boso vs. Italia* (2002). Además, señaló que respecto del “caso *Paton vs. Reino Unido* de 1980, que trató de una alegada violación del artículo 2 del CEDH en detrimento del no nacido por el aborto practicado por la voluntad de la madre en conformidad con las leyes nacionales, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada el CEDH “tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está por nacer”.⁸⁸

En todos estos casos, uno puede preguntarse por qué la Corte IDH mantiene esta dinámica del diálogo multinivel y multifuncional con otras jurisdicciones. Incluso el mismo hecho de este diálogo puede ser objetado ya que se podría sostener que comunicándose con otras jurisdicciones de distintos niveles, la Corte IDH podría desviar de su correcto rumbo interpretativo las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El correcto rumbo interpretativo sería aquel que los Estados le habrían querido dar al adoptar las normas de la Convención ADH. Pero, lo cierto es que una de las virtualidades de estas comunicaciones entre los jueces de derechos humanos permite un enriquecimiento mutuo y de las propias normas de derechos humanos, mediante la deliberación constante acerca del sentido y alcance actual de los derechos consagrados en los instrumentos de derechos humanos ratificados por los Estados. Ciertamente, la Corte IIDH no es poseedora de la verdad absoluta, pero la Corte Europea de Derechos Humanos tampoco y, en otro orden, tampoco lo es el Comité de Derechos Humanos.

⁸⁷ Corte IDH: Caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*” del 24 de Noviembre de 2012, para. 275.

⁸⁸ Corte IDH: Caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*” del 24 de Noviembre de 2012, para. 236.



Con todo, sin duda que a partir de la deliberación y de los intercambios de todos estos actores se podría producir un acercamiento a un óptimo alcanzable. Los diálogos, que plantean visiones más o menos concordantes o desafiantes, podrían ser vistos como una forma enriquecida de democracia contemporánea, en el contexto de una sociedad abierta.⁸⁹

7. Conclusiones

Estamos en un mundo cambiante, global e interactivo. Hoy más que nunca el ser humano se encuentra cerca de vivir en una aldea global. La globalización ha acercado a cada ser humano hacia el otro. El mundo y las diversas comunidades del mundo enfrentan problemas de derechos humanos comunes. Frente a estos problemas de derechos humanos la comunidad internacional ha desarrollado normas comunes, con un contenido mínimamente digno, en cuanto a derechos. Enfrentando problemas comunes y aplicando una normativa mínima común, el diálogo entre jueces presenta una enorme virtualidad y trascendencia. El diálogo entre las distintas jurisdicciones estatales con competencias en derechos humanos en el mundo y las jurisdicciones internacionales sirve para imprimir coherencia, armonía e igualdad de estándares mínimos para todo ser humano.

Los casos prácticos que se han descrito brevemente constituyen piezas de evidencia de la existencia de comunicaciones recíprocas entre jurisdicciones que tienen competencia en materia de derechos humanos. Pero, además, estos casos constituyen una demostración de un fenómeno de mayores dimensiones. En efecto, ellos son una muestra del lento derrumbe de ciertos mitos que instaló la ideología estatista del positivismo formalista. Así, por una parte, el esquema exclusivamente formal de fuentes se encuentra moribundo. Por otra parte, el juez estilo Barón de Montesquieu, ya no es más –si alguna vez lo fue– un mero aplicador automático de leyes.

Se aprecia un aumento reconocidamente significativo de la presencia y del poder del juez en las decisiones que afectan a gobernantes y gobernados, lo cual nos trae a colación la noción muy interesante de democracia judicial.

Como se ha podido observar a través de los ejemplos que hemos proporcionado en la segunda parte de este trabajo, creciente evidencia de un diálogo entre jueces de carácter multinivel y

⁸⁹ Häberle, Peter: “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en *ReDCE*, Año 7, núm. 13, enero-junio 2010, pp. 379-411, especialmente, p. 381.



también multimodal. Pero, quizás, uno de los hallazgos más relevantes que quisiéramos destacar en este estudio es que la dinámica que se produce a través de este diálogo entre jueces, especialmente en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, es multifuncional. ¿Que queremos decir con esto? Uno de los rasgos característicos del diálogo entre jurisdicciones de derechos humanos es que él sirve para múltiples funciones. Por una parte, a veces, se realiza para evidenciar armonía –o para establecerla– entre las jurisdicciones en el razonamiento e interpretación jurídica de los derechos fundamentales. Por otra parte, en ocasiones, se usa para completar un argumento o interpretación incompleto o bien para llenar un vacío cuando el razonamiento o interpretación es inexistente, ya sea porque el tema nunca se ha planteado ante dicha jurisdicción o porque sencillamente –debido a los casos prácticos que ha debido resolver previamente– ha desarrollado una sólida y contundente jurisprudencia al respecto. O bien, en tercer término, se plantea el diálogo a título de convicción, esto es, para reforzar un argumento o interpretación y así lograr mayor convencimiento en los destinatarios de la decisión.

Finalmente, las deliberaciones, debates y discusiones que se producen en el espacio virtual de las sentencias, donde hay intercambios de opiniones y contra argumentaciones, perfeccionaría los estilos clásicos de democracia representativa. Aunque esta última perspectiva resta a ser analizada.