

# Control de convencionalidad interno

La aplicación del corpus iuris interamericano por los Estados Parte  
de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en  
especial, las jurisdicciones nacionales

HUMBERTO NOGUEIRA  
ALCALÁ

GONZALO AGUILAR  
CAVALLO

**DERECHO**

LIBROTECNIA<sup>®</sup>

# CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO

---

La aplicación del corpus iuris interamericano por los Estados  
Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,  
en especial, las jurisdicciones nacionales

Editorial Librotecnia  
Santiago de Chile – 2018

LA COMPRA DE UN LIBRO FOTOCOPIADO ES UN ACTO ILEGAL  
Y ES PENADO POR LA LEY

Todos los derechos reservados.  
Prohibida su reproducción, total o parcial,  
por cualquier medio físico o electrónico,  
incluyendo el diseño de la portada.

© HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ  
GONZALO AGUILAR CAVALLO

© LIBROTECNIA®  
Santiago, Chile

Inscripción N° 288.309

Primera edición

Impreso en los talleres de Gráfica LOM  
en el mes de abril de 2018

ISBN: 978-956-327-174-4

IMPRESO EN CHILE

# CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO

---

La aplicación del corpus iuris interamericano por los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial, las jurisdicciones nacionales

HUMBERTO NOGUEIRA  
ALCALÁ

GONZALO AGUILAR  
CAVALLO

**LIBROTECNIA®**

## Presentación

El presente libro es parte de la investigación desarrollada por sus autores en torno al tema del “control de convencionalidad interno” que deben aplicar los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con sus obligaciones jurídicas generales al ratificar dicha Convención, que emanan de los dos primeros artículos de ella, las de “respetar y garantizar los derechos” contenidos en el corpus iuris interamericano (artículo 1° en armonía con el artículo 29 literal d) de la CADH), como asimismo, el deber jurídico contenido en el artículo 2° de adecuar el derecho interno si este no asegura el ejercicio de los derechos del corpus iuris interamericano, comprometiéndose a adoptar, “con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Es necesario precisar que estas obligaciones jurídicas que asumen los Estados Parte de la Convención se enmarcan dentro de las reglas establecidas por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, las cuales determinan en sus artículos 26 y 31.1 la obligatoriedad por parte de los Estados de cumplir las obligaciones jurídicas pactadas de buena fe, como asimismo conforme al artículo 27 de ella, se encuentra la obligación de no oponer el derecho interno para evadir el cumplimiento y la eventual responsabilidad internacional por vulneración, en la materia analizada, de los derechos humanos.

Asimismo, cabe explicitar que los Estados Parte al ratificar la CADH se comprometieron a cumplir el objeto y fin del tratado que es el de establecer un estándar de derechos humanos que es el contenido en el corpus iuris interamericano.

Debemos asimismo recordar que la CADH, en su segunda parte, establece la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos de los Estados Parte. La *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* tiene por función principal la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, determinando el artículo 41 sus principales funciones y atribuciones. La *Corte Interamericana de Derechos Humanos* constituye el órgano jurisdiccional del sistema interamericano el cual se encuentra regulado en los artículos 52 a 69, con competencia conforme al artículo 62 de la CADH, para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposi-

ciones de la convención, que le sea sometido, siempre que los Estados Parte en el caso hayan reconocido o reconozcan competencia, ora por declaración especial o por convención especial. La Corte IDH es así el intérprete auténtico y final del corpus iuris interamericano.

La Corte IDH opera mediante Opiniones Consultivas (art. 64) y casos contenciosos (arts. 63 y 66 a 69), ejerciendo en ambas situaciones su competencia para interpretar y aplicar la Convención. Los fallos de la Corte IDH son definitivos e inapelables (art. 67) y los Estados parte se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes (art. 68). El fallo de la Corte IDH es notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados Parte en la Convención (art. 69). La Corte IDH tiene la potestad durante el procedimiento desarrollado ante ella para adoptar medidas provisionales que considere pertinentes para cautelar los derechos de las presuntas víctimas de violación de sus derechos (art. 63.2). Asimismo, la Corte IDH a través de su sentencia tiene la potestad para dictar medidas de reparación integral del daño causado por el Estado Parte a través de la vulneración de los derechos (art. 63.1).

La CADH determina también reglas de interpretación básicas en materias de derechos humanos, las cuales están contenidas en el artículo 29 de ella.

Señalemos que el sistema interamericano es un sistema colectivo de protección de derechos humanos, por lo cual los Estados Parte asumen obligaciones para con las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado como asimismo respecto de todos los otros estados que son parte del sistema.

El sistema es asimismo, como lo señala, el preámbulo de la CADH complementario y coadyuvante de los estados, lo que determina que la Corte IDH opera sólo como *ultima ratio*, vale decir, cuando el Estado Parte teniendo todas las posibilidades y atribuciones de su ordenamiento jurídico no ha honrado sus obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos y sus órganos no han cumplido con la obligación de respeto y garantía de los derechos de buena fe y con efecto útil, como asimismo no han adoptado las medidas legislativas o de "otro carácter" destinadas a superar las deficiencias en materia de derechos que contiene el ordenamiento estatal.

Es en esta perspectiva en que surge el *control de convencionalidad interno*, en el liding case *Almonacid Arellano vs. Chile* en 2006, con el objeto de alertar a los órganos estatales de que ellos son los principales responsables de actuar en primer término en la aplicación de los estándares de derechos humanos del sistema interamericano con un efecto útil y de buena fe, esta obligación recae con mayor fuerza en los órganos jurisdiccionales.

En el texto se analiza en el primer capítulo el origen, desarrollo, fundamento, concepto y contenido del control de convencionalidad interno, que ya ha superado la década de aplicación y que ha implicado para los Estados parte modificaciones desde sus constituciones como la ocurrida en México en 2011, a su artículo 1°

de la Carta Fundamental, pasando por sus normas legales, administrativas, como asimismo, cambios de enfoques interpretativos y aplicativos en materia de los derechos humanos y sus estándares. En el mismo capítulo se realiza una relación general sobre el control de convencionalidad que ejerce la Corte IDH, como *ultima ratio* del sistema.

El capítulo segundo analiza las bases jurídicas de derecho interno que habilitan el desarrollo del control de convencionalidad en Chile, tanto las de carácter constitucional como legal, como asimismo las interpretaciones jurídicas que posibilitan dicha aplicación. Asimismo, en este capítulo se proponen algunos perfeccionamientos normativos constitucionales que eliminarían obstáculos y favorecerían la aplicación del control de convencionalidad interno.

El capítulo tercero analiza la obligatoriedad del control de convencionalidad para los Estados parte de la CADH desde la perspectiva del derecho internacional en aplicación de las normas convencionales del propio instrumento y de las obligaciones derivadas del derecho internacional, especialmente de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El capítulo cuarto realiza una reflexión y análisis de la sentencia de la Corte IDH como cosa interpretada que vincula a los Estados Parte, explicitando las razones jurídicas y prudenciales que dan fundamento y justifican tal perspectiva.

El capítulo quinto entra en el análisis de una regla de interpretación básica del derecho internacional de los derechos humanos que se encuentra en los principales tratados sobre la materia, y que está específicamente consignada en el artículo 29 literal b de la CADH, el principio *pro homine* o *favor persona*, el cual es analizado en su vertiente interpretativa y normativa.

Termina este libro con el capítulo sexto que trata sobre el uso de la noción de margen de apreciación nacional, atendiendo al poder de discrecionalidad del órgano interno y en virtud de una deferencia hacia particularismos nacionales.

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

# Índice General

Presentación .....	7
--------------------	---

## CAPÍTULO I

### El origen, fundamento, concepto y contenido del control de convencionalidad interno que deben concretar los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del control concentrado desarrollado por la Corte IDH

*Humberto Nogueira Alcalá* 11

Introducción .....	11
1. La especificidad propia del derecho internacional de los derechos humanos .....	11
2. Consideraciones preliminares de marco jurídico .....	14
2.1. Reglas de interpretación de derechos establecidas por la Convención .....	27
2.2. La Corte IDH como intérprete auténtico y final de la CADH. ....	31
2.3. Las sentencias de la Corte IDH y su tipología. ....	32
3. El control de convencionalidad interno que deben practicar los Estados parte. ....	35
3.1. El origen del control de convencionalidad interno .....	36
3.2. La adopción oficial del control de convencionalidad por la Corte IDH .....	37
3.3. Elementos básicos que integran el control de convencionalidad interno que deben realizar los Estados parte de la CADH .....	37
3.4. Concepto de control de convencionalidad interno .....	49
3.5. Los objetivos del control de convencionalidad interno .....	52
4. La función de los tribunales nacionales en la aplicación del control de convencionalidad .....	52
A) La interpretación innovadora .....	54
B) La interpretación correctiva. ....	55
C) La interpretación receptiva .....	57

D)	La interpretación francamente discordante del tribunal nacional de la normativa convencional y la interpretación de aquella realizada por la Corte IDH. . . . .	57
E)	La interpretación neutralizadora . . . . .	58
F)	El fin del diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana . . . . .	60
5.	Los tribunales chilenos y la aplicación del control de convencionalidad interno . . . . .	62
5.1.	La aplicación del control de convencionalidad interno por la Corte Suprema . . . . .	62
5.2.	Aplicación del control de convencionalidad por Cortes de Apelaciones . . . . .	84
5.3.	El Tribunal Constitucional ante el control de convencionalidad interno y los estándares determinados por la Corte IDH . . . . .	87
6.	El control de convencionalidad internacional aplicado por la Corte IDH, como <i>ultima ratio</i> . . . . .	95
6.1.	El control de convencionalidad centralizado concretado por la Corte IDH . . . . .	95
6.2.	Concepto de control de convencionalidad concretado por la Corte IDH . . . . .	100
6.3.	Las medidas de reparación integral en la sentencia de la Corte IDH . . . . .	100
6.4.	El parámetro de control de convencionalidad . . . . .	105
6.5.	El material objeto de control por parte de la Corte IDH. . . . .	109
6.6.	Cómo la Corte IDH concreta el control de convencionalidad . . . . .	109
6.7.	Supervisión de las sentencias por la propia Corte IDH . . . . .	111
7.	Consideraciones finales . . . . .	112

CAPÍTULO II

**Bases jurídicas de derecho interno que habilitan el desarrollo del control de convencionalidad en Chile**

*Humberto Nogueira Alcalá* 117

1.	Bases de derecho constitucional que posibilitan el control de convencionalidad interno . . . . .	117
1.1.	La dignidad humana como base jurídica y ontológica de la Carta Fundamental que irradia todo el ordenamiento jurídico nacional. . . . .	117

1.2.	La limitación de derechos . . . . .
1.2.1.	La . . . . .
1.3.	El surgimiento de la constitución . . . . .
1.3.1.	Ca . . . . .
1.3.2.	Bl . . . . .
1.3.3.	Ju . . . . .
1.3.4.	La . . . . .
1.4.	El respeto a la normatividad . . . . .
1.5.	Deber de . . . . .
2.	Competencia . . . . .
3.	La competencia . . . . .
4.	El control de . . . . .
5.	Sugerencia de . . . . .

1.2. La limitación del ejercicio de la soberanía por los derechos fundamentales o humanos . . . . .	120
1.2.1. La reforma de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución. . . . .	123
1.3. El surgimiento constitucional de un bloque constitucional de derechos fundamentales. . . . .	126
1.3.1. Caracterización e integración del bloque constitucional de derechos . . . . .	127
1.3.2. Bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad . . . . .	131
1.3.3. Jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional . . . . .	132
1.3.4. La interpretación del bloque constitucional de derechos fundamentales conforme al principio <i>pro homine o favor persona</i> . . . . .	137
1.4. El respeto a la supremacía constitucional y la fuerza normativa constitucional. . . . .	139
1.5. Deber constitucional de los Tribunales de ejercer jurisdicción en el ámbito de sus competencias y reglas procesales correspondientes. . . . .	142
2. Competencia de los tribunales ordinarios para ejercer control de convencionalidad interno . . . . .	143
3. La competencia del Tribunal Constitucional para aplicar control de convencionalidad . . . . .	145
4. El control de convencionalidad interno no es control de constitucionalidad, aun cuando puede integrarse al primero . . . . .	145
5. Sugerencia de reforma constitucional para otorgar seguridad jurídica de la compatibilidad del ordenamiento jurídico nacional con las obligaciones jurídicas de respeto y garantía de los derechos humanos. . . . .	148
• Reformas al artículo 5° de la Constitución . . . . .	148
• Nueva redacción del artículo 5° inciso 2° . . . . .	148
• Nuevo inciso 3° del artículo 5° de la Constitución . . . . .	149
• Nuevo inciso 4° del artículo 5° de la Constitución . . . . .	156
• Postulado de interpretación de los derechos de conformidad con tratados y acuerdos de derecho internacional ratificados . . . . .	157
• Incorporación inciso 5° al artículo 5° de la Constitución . . . . .	158
• Modificación constitucional del artículo 20 de la Constitución. . . . .	158
• Reforma para introducir control difuso de inconstitucionalidad/inconvencionalidad . . . . .	160

• Mantener concentrado el control de constitucionalidad integrado con el control de convencionalidad en materia de derechos humanos en manos del Tribunal Constitucional en las modalidades de control concreto y abstracto . . . . .	160
• Modificación del artículo 93 N° 6 de la Constitución . . . . .	160
• Reforma del artículo 93 N° 7 de la Constitución . . . . .	161
• Resolver sobre la inconvencionalidad de proyectos de reforma constitucional, de tratados internacionales y de proyectos de ley en forma preventiva, como asimismo de decretos con fuerza de ley, reglamentos y decretos supremos, de autos acordados de tribunales en forma preventiva. Preceptos legales . . . . .	161
• Reforma al artículo 93 N° 1 de la Constitución . . . . .	162
• Reforma al artículo 93 N° 3 de la Constitución . . . . .	162
• Reforma al artículo 93 N° 4 de la Constitución . . . . .	162
• Reforma al artículo 93 N° 9 de la Constitución . . . . .	162
• Reforma al artículo 93 N° 2 de la Constitución . . . . .	163
• Consideraciones finales . . . . .	163

### CAPÍTULO III

## Obligatoriedad del control de convencionalidad para los Estados Parte de la CADH

*Gonzalo Aguilar Cavallo* 165

Introducción . . . . .	165
1. La obligatoriedad del control de convencionalidad . . . . .	166
1.1. No existe norma en el derecho internacional . . . . .	167
1.1.1. Los artículos 26 y 27 de la CVDT . . . . .	168
1.2. La interpretación de las obligaciones contenidas en los artículos 26 y 27 de la CVDT . . . . .	176
1.2.1. La interpretación de buena fe y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado . . . . .	178
1.2.2. La interpretación de acuerdo con la práctica ulterior de las partes en la aplicación del tratado . . . . .	184
1.2.3. La interpretación considerando los <i>travaux préparatoires</i> . . . . .	191
1.3. La división de las aguas entre derecho internacional y derecho interno . . . . .	193
1.4. Los artículos 1 y 2 de la CADH . . . . .	202
1.5. No está establecido en el derecho interno . . . . .	213

2. Enfoque en derechos humanos y efectos en el rol del juez nacional ...	215
2.1. Control de convencionalidad y necesidad del enfoque de derechos humanos .....	216
2.2. El juez nacional como juez de la convencionalidad .....	218
Consideraciones finales .....	222

CAPÍTULO IV

La sentencia de la Corte IDH como cosa interpretada que vincula a los Estados Parte

*Humberto Nogueira Alcalá* 225

1. Consideraciones generales .....	225
2. Fundamento de la cosa interpretada .....	226
3. La cosa interpretada ha sido reconocida por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional .....	229
4. La cosa interpretada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ..	233
5. La cosa interpretada y la prevención de vulneración de derechos .....	234
6. La cosa interpretada y la soberanía nacional .....	235

CAPÍTULO V

El principio *pro homine* o *favor persona* en la delimitación e interpretación de derechos humanos

*Humberto Nogueira Alcalá* 239

1. La obligación jurídica de interpretar y aplicar el derecho conforme al principio <i>favor persona</i> .....	239
2. Contenido del principio <i>favor persona</i> : directriz interpretativa y directriz normativa .....	240
2.1. Los subprincipios .....	241
3. El principio <i>favor persona</i> como principio de preferencia interpretativa ..	243
3.1. La interpretación extensiva de los derechos y sus garantías .....	243
3.2. La interpretación restrictiva de los límites de los derechos .....	246
4. El principio <i>favor persona</i> como preferencia normativa .....	247
4.1. Preferencia de la norma más protectora de los derechos de las personas .....	248
4.2. La conservación de la norma más favorable a los derechos .....	250
5. El aseguramiento jurídico de la aplicación del principio <i>favor persona</i> mediante su incorporación en las Constituciones Latinoamericanas ..	250

6. La jurisprudencia de Cortes Constitucionales o Supremas nacionales en materia de interpretación conforme al principio <i>favor persona</i> , sin que el mismo se encuentre contemplado expresamente en el respectivo texto constitucional . . . . .	251
6.1. Corte Suprema de Argentina . . . . .	252
6.2. La Corte Constitucional de Colombia . . . . .	253
6.3. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica . . . . .	258
6.4. El Tribunal Constitucional chileno . . . . .	259
6.5. La Corte Suprema de El Salvador . . . . .	262
6.6. El Tribunal Constitucional del Perú . . . . .	263
7. Consideraciones finales . . . . .	265

CAPÍTULO VI

El margen de apreciación nacional

*Gonzalo Aguilar Cavallo*

267

Introducción . . . . .	267
1. La identidad constitucional nacional como justificación . . . . .	269
1.1. Identidad constitucional nacional y derechos humanos . . . . .	269
1.1.1. Derechos humanos y cambio de paradigma . . . . .	270
1.1.2. Identidad constitucional nacional e interpretación de los derechos humanos . . . . .	273
1.2. Democracia, consenso, subsidiariedad, deferencia como justificación del margen . . . . .	280
1.2.1. El argumento democrático . . . . .	280
1.2.2. El consenso . . . . .	284
1.2.3. La subsidiariedad . . . . .	294
1.2.4. El argumento de la mejor posición . . . . .	302
1.2.5. El miedo a los jueces . . . . .	304
2. El margen de apreciación . . . . .	304
2.1. Origen y desarrollo: análisis a la luz de los sistemas regionales de derechos humanos . . . . .	305
2.1.1. Control de convencionalidad y margen de apreciación . . . . .	311
2.1.2. Discrecionalidad y principio de proporcionalidad . . . . .	315
2.2. Sentido y alcance para el sistema interamericano . . . . .	317
2.2.1. Diversidad cultural y margen . . . . .	318
2.2.2. El margen de apreciación en el sistema interamericano . . . . .	320
Conclusiones . . . . .	324

Bibliografía General . . . . .	327
--------------------------------	-----

