

CAPÍTULO III

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

GONZALO AGUILAR CAVALLO

INTRODUCCIÓN

Este capítulo tiene por objetivo determinar si el control de convencionalidad es obligatorio para los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y sus diferentes órganos, especialmente los jueces, tanto respecto de las normas internas como de las prácticas de sus autoridades. En consecuencia, este capítulo pretende responder las siguientes preguntas: ¿el control de convencionalidad es obligatorio para los Estados Parte? ¿Existen normas en el derecho internacional convencional que funden esta obligación?

Nuestra hipótesis en este sentido es que el control de convencionalidad implicaría tanto un control obligatorio de respeto y garantía de los estándares mínimos de derechos contenidos en el *corpus iuris* interamericano como asimismo de adecuación del ordenamiento jurídico interno y de los actos de los órganos y autoridades del Estado parte a dichos estándares, en la medida en que el ordenamiento jurídico interno y los actos de las autoridades se encuentren en un nivel inferior de garantía efectiva que aquella que determina el *corpus iuris* interamericano. Esta obligación para el Estado emana de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT) y de los artículos 1 y 2 de la CADH.

Dicho de otro modo, el control de convencionalidad es obligatorio en lo que tiene relación con la obligación estatal de implementación del derecho internacional en el derecho interno con el fin de hacer efectivos los derechos contenidos en la CADH.

El control de convencionalidad es el control realizado, por lo general, por un juez nacional acerca de la conformidad del derecho estatal con los tratados internacionales. Queremos dejar establecido desde un inicio que el control de convencionalidad, tal como lo hemos conceptualizado, es un procedimiento que deben realizar, especialmente, los jueces nacionales respecto de toda obligación internacional convencional contraída por el Estado. Por lo tanto, el control de convencionalidad se debería producir por parte de los órganos del Estado respecto de toda obligación internacional convencional que el Estado haya asumido, y no, únicamente, respecto de la CADH. Dicho esto, en este texto nos focalizaremos en el cumplimiento de la CADH. Junto con ello, entendemos que existen una serie de posiciones jurídicas que se han asumido en la doctrina comparada, dependien-

do de la organización interna y la distribución de competencias estatales de cada sistema jurídico interno. En general, los autores desarrollan sus argumentaciones teniendo en mente sus propios sistemas jurídicos. Nuestro interés en este trabajo no es formular observaciones genéricas sobre la obligatoriedad del control de convencionalidad, sino más bien centrarnos en la realidad del sistema jurídico chileno. Con todo, aludiremos a la doctrina comparada cuando sea pertinente. Además, en este capítulo no abordaremos temas distintos pero relacionados con el control de convencionalidad, como el examen de la autoejecutabilidad de los tratados internacionales, o la jerarquía de los mismos en el derecho interno, o bien la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para los Estados parte o su potencial eficacia *erga omnes*, todos temas que por su profundidad y envergadura serán examinados separadamente.

1. LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Jiménez de Aréchaga afirma que “[e]n la mayoría de los Estados, hoy en día, las normas del Derecho Internacional no sólo rige entre los Estados, sino también dentro de los Estados”.²¹³ Por su parte, Pastor Ridruejo señala que “hay que tener muy en cuenta que el Derecho Internacional no se aplica únicamente en el ámbito externo, esto es, en el plano de las relaciones interestatales; también ha de observarse en el interior de los Estados, es decir, en las relaciones entre los Estados y los particulares sometidos a su jurisdicción; particulares que pueden incluso exigir judicialmente el respeto del Derecho Internacional”.²¹⁴ En este sentido, igualmente, Bidart Campos ha indicado que “el derecho internacional –en especial el de los derechos humanos y el de la integración comunitaria– ha adquirido unos contactos tan fuertes con el derecho interno al que tiene ingreso, que la fuente internacional se reviste hoy de una trascendencia fundamental en relación con las fuentes internas”.²¹⁵

Así, en nuestros días, la naturaleza casi omnipresente del derecho internacional regula muchos más ámbitos que impactan la esfera interna de los Estados que antes, tales como el medio ambiente, el comercio, la inversión, la salud, los derechos humanos, etc.²¹⁶ Este carácter del derecho internacional que lo permea

²¹³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988), pp. 25-41, especialmente p. 26.

²¹⁴ PASTOR RIDRUEJO (2003), p. 165.

²¹⁵ BIDART (2000), p. 12.

²¹⁶ “La evolución técnica, económica y social exigen, en una medida siempre creciente, que la reglamentación internacional produzca sus efectos jurídicos en el interior de los sistemas nacionales”. MONROY (1995), p. 127.

todo tiene un impacto directo sobre los Estados.²¹⁷ Por esta razón, bien vale la pena centrarse en los derechos humanos, ya que después de todo la doctrina del control de convencionalidad en América ha surgido en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen vocación de cumplimiento en el orden jurídico interno de los Estados en la medida en que generan derechos para los particulares que habitan dentro del territorio estatal o que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado. En este sentido, “parece claro aceptar que la vocación intrínseca de estos derechos [humanos] es su plena eficacia y justiciabilidad en el ámbito interno”.²¹⁸ ¿Cómo se podría garantizar su cumplimiento si no es a través de darle eficacia interna a las obligaciones internacionales de derechos humanos por sobre cualquier acto jurídico que emane de la sola voluntad estatal? Adicionalmente, habría que referirse al enfoque lógico de esta cuestión. ¿Qué sentido tiene asumir una obligación internacional, si se puede convertir en inocua e inefectiva en el orden jurídico interno, mediante un simple acto unilateral del Estado, ya sea constitucional, legal o administrativo? Queremos adelantar que el Tribunal Constitucional de Perú denomina a estas situaciones “verdaderas figuras de fraude a la Constitución o Constituciones nominales”.²¹⁹ *Prima facie*, las obligaciones internacionales serían obligaciones de papel. A esta pregunta intentaremos responder en las secciones siguientes.

Un argumento recurrente en la doctrina es la falta de norma que contenga la obligación de realizar un control de convencionalidad. Si se busca una norma que expresamente utilice el concepto de control de convencionalidad, ella no existe. Pero sí existen otras normas que involucran las obligaciones a las que se refiere el control de convencionalidad. A continuación pretendemos examinar dichas normas a fin de contrastarlas con la opinión de los autores.

1.1. No existe norma en el derecho internacional

Como se ha mencionado, un sector de la doctrina postula la inexistencia de una norma que obligue al Estado a realizar un control de convencionalidad. Esto impone examinar si existen normas o no que obliguen al Estado a ejecutar el deber internacional constitutivo del control de convencionalidad. Por lo tanto, en esta

²¹⁷ PRABHASH Ranjan, ANMOLAN y FARHEEN, Ahmad: “Is the Supreme Court Confused About the Application of International Law?”, 28 de septiembre de 2016. Disponible en <<https://thewire.in/53930/supreme-court-international-law/>> [visitado el 25/4/2017].

²¹⁸ Tribunal Constitucional de Perú: *Asociación interétnica de desarrollo de la selva (AIDSESP)*. Exp. N° 05427-2009-PC/TC. Sentencia de fecha 30 de junio de 2010, par. 24.

²¹⁹ Tribunal Constitucional de Perú: *Asociación interétnica de desarrollo de la selva (AIDSESP)*. Exp. N° 05427-2009-PC/TC. Sentencia de fecha 30 de junio de 2010, par. 16.

parte, analizaremos, en primer lugar, los argumentos expuestos por aquellos que se oponen al control de convencionalidad, sosteniendo la falta de fuente vinculante, y, en segundo lugar, abordaremos el examen de las normas en las que se apoya la Corte IDH para justificar el control de convencionalidad.

Al momento de analizar el argumento de la falta de norma en el derecho internacional convencional en la que se funde el control de convencionalidad, distinguiremos, en primer lugar, el examen de los artículos 26 y 27 de la CVDT, y, en segundo lugar, los artículos 1 y 2 de la CADH.

1.1.1. LOS ARTÍCULOS 26 Y 27 DE LA CVDT

Un sector de la doctrina sostiene que no existe una norma en el derecho internacional que afirme la obligatoriedad de proceder a un control de convencionalidad. Este argumento es especialmente reiterativo en la doctrina chilena. En este sentido, Fuentes afirma la inexistencia de una norma de derecho internacional que obligue a los tribunales nacionales a dejar de aplicar el derecho interno y preferir el derecho internacional, cumpliendo con un deber de ejercer un control de convencionalidad.²²⁰ Específicamente, esta autora rechaza asignarle este significado al artículo 27 de la CVDT.

Quizás uno de los argumentos en contra del control de convencionalidad más reiterados en la doctrina es este que plantea Fuentes. Es interesante examinar esta objeción porque proviene desde la doctrina del derecho internacional. En efecto, a propósito del conocido párrafo 124 de la sentencia del caso Almonacid, Fuentes indica que “una cosa es que el Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por el comportamiento de cualquiera de sus órganos, incluido el poder judicial, pero otra cosa muy distinta es señalar que los jueces chilenos tienen el deber de declarar tácitamente derogadas las disposiciones del derecho interno incompatibles con los tratados internacionales ratificados por Chile”.²²¹

Para cerner bien las afirmaciones anteriores, conviene citar el mentado párrafo 124 de la sentencia dictada en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile de 2006:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre

²²⁰ FUENTES (2008), pp. 483-505, especialmente, p. 487.

²²¹ FUENTES (2008), pp. 483-505, especialmente, p. 487.

las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.²²²

¿Dónde señala la sentencia en este párrafo que los jueces chilenos tienen el deber de declarar tácitamente derogadas las disposiciones del derecho interno incompatibles con los tratados internacionales ratificados por Chile? Lo cierto es que la Corte IDH nunca menciona en su razonamiento el deber de derogación tácita por parte de los jueces nacionales. Y, por otro lado, ¿el control de convencionalidad exige que el juez declare una norma interna tácitamente derogada? Nuestra sugerencia sería que no. Como examinaremos, el control de convencionalidad podría conducir al juez nacional a preferir aquella norma más favorable, dondequiera que se encuentre, aunque este será el tema de otro trabajo.

Pero, además, agrega que en el derecho internacional no hay norma alguna que faculte a la Corte IDH para justificar el control de convencionalidad tal como ella lo plantea, ni siquiera el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.²²³ Dulitzky se encuentra en la misma línea, pero une el análisis del artículo 27 de la CVDT con los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos. En este sentido, Dulitzky discrepa de autores como Ferrer Mac-Gregor que intentan encontrar una justificación del control de convencionalidad en principios implícitos en la CADH o en principios generales del derecho internacional, i.e., por ejemplo, el artículo 27 de la CVDT.²²⁴ Para Dulitzky estas normas se refieren a la responsabilidad internacional del Estado, no a la manera de incorporar los tratados o su posición jerárquica en el derecho interno.²²⁵

En este contexto, Fuentes no deja lugar a dudas acerca de su postura, cuando afirma que

“[e]fectivamente el artículo 27 de la Convención de Viena establece una regla obvia de derecho internacional según la cual los Estados no pueden excusar el incumplimiento de una obligación internacional en las disposiciones de su derecho interno. Es una regla obvia pues de otra manera sería imposible violar el derecho internacional a través de leyes nacionales, las que funcionarían como eximentes de responsabilidad. Sin embargo, la disposición no dice nada acerca de cómo cada sistema jurídico internacional debe definir la incorporación del derecho internacional al derecho

²²² Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, par. 124.

²²³ FUENTES (2008), pp. 483-505, especialmente, pp. 488-489.

²²⁴ FERRER MAC-GREGOR (2011), pp. 531-622.

²²⁵ DULITZKY (2015), pp. 45-93, especialmente p. 63; *vid.*, en el mismo sentido, MEJIAS-LEMONS (2014), pp. 117-151.

interno ni la forma de operación del derecho internacional en el derecho interno. Es inaudito leer el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como si estableciera una cláusula de autoejecutabilidad de los tratados en el derecho interno o como si estableciera una obligación de poner a los tratados sobre la ley en el derecho nacional de cada país”.²²⁶

Efectivamente, el artículo 27 no dice nada acerca de la forma cómo cada sistema jurídico debe definir la incorporación del derecho internacional al derecho interno ni la forma de operación del derecho internacional en el derecho interno. Salvo que el artículo 27 mencionado señala que no se puede invocar el derecho interno para justificar un incumplimiento del derecho internacional. Y, desde el punto de vista de las obligaciones positivas, esta norma implica que el Estado que ha contraído una obligación internacional debe adecuar su orden jurídico interno a los estándares fijados por dicha obligación internacional a fin de hacerlas efectivas.²²⁷ En este sentido, la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló en la conocida *Opinión Consultiva sobre los Intercambios de Población Griegas y Turcas* de 21 de febrero de 1925, que este principio era evidente.²²⁸

El principio estructural, por tanto, es que las obligaciones internacionales deben cumplirse efectivamente y de buena fe y que las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre aquellas del tratado internacional (artículos 26 y 27 de la CVDT).²²⁹ Refiriéndose al artículo 27 de la CVDT, Villiger indica que “[e]s un deber del Estado parte en el tratado asegurar que los órganos del derecho interno del Estado apliquen y den efecto al respectivo tratado. El principio se aplica también respecto de las disposiciones de una constitución”.²³⁰ En este sentido, cabe tener presente que la Corte Internacional de Justicia, así como la doctrina, considera, en el caso del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros que la gran mayoría de las disposiciones de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 forman parte del derecho internacional general.²³¹

²²⁶ FUENTES (2008), pp. 483-505, especialmente, p. 489.

²²⁷ AKANDJI-KOMBE (2006), p. 10.

²²⁸ “This clause, however, merely lays stress on a principle which is self-evident, according to which a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken”. PCIJ: *Exchange of Greek and Turkish Populations* (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, Article 2). Advisory Opinion, February 21st, 1925, Series B N°10, p. 20.

²²⁹ BUERGENTHAL (1994), p. 87.

²³⁰ VILLIGER (2009), p. 370.

²³¹ “The Court has no need to dwell upon the question of the applicability in the present case of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties. It needs only to be mindful of the fact that it has several times had occasion to hold that some of the rules laid down in that Convention might be considered as a codification of existing customary law”. *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, par. 46; “The Court’s opinion, together

En consecuencia, la obligación de los Estados de controlar que en su orden interno se respeten y cumplan de buena fe las normas internacionales es una obligación del derecho internacional general, recogida en la Convención de Viena de 1969.²³² En efecto, se podría sostener que la obligación de proceder a un control de convencionalidad por los órganos del Estado, encuentra su fuente en las disposiciones de los artículos 26 y 27 de la CVDT. Existen, al menos, tres dimensiones de esta obligación de cumplimiento de buena fe de los tratados internacionales:

“1) Los Estados no pueden escudarse en el derecho interno para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales;

2) Consecuentemente, los Estados deben adecuar su derecho interno de conformidad con las obligaciones internacionales que hayan asumido;

3) En materia de derechos humanos, los Estados deben asegurar el cumplimiento de la obligación internacional y, por tanto, deben respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en los instrumentos convencionales internacionales. Aquí aparece la obligación de asegurar que se cumpla efectivamente, dentro de la jurisdicción interna, con la obligación de control de la convencionalidad que recae primordialmente sobre los jueces nacionales”.²³³

A pesar de lo mencionado precedentemente, al igual que Fuentes, hay autores que niegan la obligatoriedad y la procedencia del control de convencionalidad en el ámbito interno de los Estados. Se afirma tajantemente que no existe la obligación para los Estados de someter todo su ordenamiento jurídico al contenido de un tratado, requisito necesario e indispensable para hablar de control de convencionalidad.²³⁴ Castilla, por ejemplo, defiende férreamente que el control de convencionalidad real es el que realiza la Corte IDH. De hecho, este autor describe las características que envuelve el control de convencionalidad internacional, lo que justificaría su aserto en el sentido de que sería imposible un control de convencionalidad ‘puro’ realizado por los tribunales nacionales. Así, Castilla señala como elementos caracterizadores los siguientes:

with the relatively high number of parties to the Convention, suggests that the instrument states the current general international law of treaties”. Zemanek, Karl: *Vienna Convention of the Law of Treaties*. Disponible en <<http://legal.un.org/avl/ha/vclt/vclt.html>> [visitado el 25/4/2017]

²³² Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, par. 125; “Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

²³³ AGUILAR (2013), pp. 721-754, especialmente p. 726.

²³⁴ CASTILLA (2013), pp. 51-97, especialmente p. 80.

- 1) Vigencia de un tratado internacional.
- 2) Competencia de un órgano internacional para conocer de la interpretación, aplicación y solución de controversias del referido tratado.
- 3) Primacía del tratado internacional sobre cualquier otra norma, incluida la Constitución, que es vista sólo como un hecho más, velando porque el objeto y fin del tratado no sea afectado por otras normas, actos y hechos.
- 4) Contraste del tratado con la totalidad de actos y hechos del Estado.
- 5) Determinación del incumplimiento o no de una obligación internacional.
- 6) Determinación de responsabilidad internacional y sus consecuencias, ante el incumplimiento de la obligación internacional.²³⁵

Coincidimos con que esto es *grosso modo* lo que suele hacer un tribunal internacional que cumple con su función jurisdiccional. Pero discrepamos con que todos estos elementos sean los que componen un control de convencionalidad que la doctrina suele denominar 'internacional'. En efecto, una buena descripción acerca de las características esenciales de este mecanismo o garantía procesal internacional ha sido expresamente formulada por la Corte IDH:

"La Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados Parte se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Convención prevé la existencia de una Corte Interamericana para "conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación" de sus disposiciones (artículo 62.3).

Cuando un Estado es Parte de la Convención Americana y ha aceptado la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del Estado para determinar si la misma se ha ajustado o no a las disposiciones de aquella Convención aun cuando la cuestión haya sido definitivamente resuelta en el ordenamiento jurídico interno. La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad."²³⁶

"Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con

²³⁵ CASTILLA (2011), pp. 593-624, especialmente, p. 608.

²³⁶ Corte IDH: *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C N° 67, par. 32.

la Convención Americana. Esta última sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y no con los Convenios de Ginebra de 1949".²³⁷

Si las normas internacionales son sólo simples hechos para el juez nacional —como señala Castilla— entonces no tendría sentido hablar de primacía, debido a que esta primacía solo operaría entre dos normas jurídicas que fueran consideradas por el tribunal como tales.

Así, si el control de convencionalidad fuera el contraste de normas —entre el tratado y una ley interna, por ejemplo— entendidas como enunciados normativos válidos, entonces, se desprende de aquello que, de acuerdo con la doctrina clásica, el tribunal internacional no realiza un control de convencionalidad, porque las normas jurídicas internas son para el tribunal internacional meros hechos. La jurisprudencia internacional, desde muy antiguo, y también la Corte IDH, han sostenido que para el derecho internacional las normas del derecho interno constituyen solamente un hecho, susceptible de ser considerado ilícito internacionalmente y, por tanto, generar responsabilidad internacional. En efecto, en el caso de *Las Palmeras vs. Colombia* del año 2000, la Corte IDH sostuvo cuáles eran las finalidades de las atribuciones que se le han asignado, tanto en el ejercicio de competencias consultivas como contenciosas. Como se ha mencionado, la norma interna no cuenta en la esfera internacional como norma sino más bien como hecho, sin referencia a su significación jurídica y jerarquía interna. En efecto, "[e]n los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Parte y que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, aquellas serán evaluadas por la Corte en los procesos contenciosos como simples hechos o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados sólo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado".²³⁸ Entonces, el acto de contrastar normas válidas y determinar la relación jerárquica entre ellas dos, no es lo propio del mecanismo de garantía jurisdiccional internacional.

Sin embargo, aquello que sí hace la Corte IDH y no aparece en la descripción de Castilla es lo que indica en el caso *Las Palmeras* antes mencionado, esto es, el examen de compatibilidad entre la norma interna —vale decir, cualquier norma interna— y la CADH.

²³⁷ Corte IDH: *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C N° 67, par. 33.

²³⁸ Corte IDH: *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A N° 14, par. 22.

En consecuencia, bien podría ser, que, evolutivamente, sobre todo en el ámbito de los derechos humanos, los tribunales internacionales de derechos humanos estén progresivamente entendiendo que su control también incluye la sujeción y respeto de las normas internas a los tratados internacionales de derechos humanos.²³⁹ En este sentido, la norma interna vulneradora ya no podría ser considerada un simple hecho ilícito internacional violatorio de una obligación internacional que debe ser reparado, sino una norma jurídica propiamente tal que viola una obligación internacional dotada de primacía y, por lo tanto, que no podría producir efectos jurídicos.²⁴⁰ En esta línea, Pastor Ridruejo, apoyándose en la jurisprudencia, sostiene que “el Derecho interno puede ser tomado en consideración por una instancia internacional no sólo como hecho, esto es, como premisa menor del silogismo judicial, sino también en tanto que Derecho o, lo que es lo mismo, como premisa mayor de aquel silogismo”.²⁴¹

Además, Castilla, para intentar demostrar su afirmación de que lo que la Corte IDH le pide a los órganos estatales no es un control de convencionalidad *stricto sensu*, sino una *especie* de control de convencionalidad o más bien lo que él llama ‘una interpretación de derechos y libertades acorde a tratados’, describe en qué consiste esta obligación que tienen los tribunales nacionales de interpretación acorde a tratados de derechos humanos:

- “1) Observar, garantizar y respetar el contenido de los tratados interamericanos de los que el Estado sea parte, una vez que ya forman parte del sistema jurídico interno.
- 2) Aplicar el derecho de origen internacional en materia de derechos humanos como derecho interno que es.
- 3) No ir en contra del contenido, objeto y fin de los tratados internacionales, y por tanto, velar porque los efectos de las disposiciones de éstos no se vean mermadas por la aplicación de actos y leyes contrarias a su objeto y fin.
- 4) Hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, por medio del análisis de la compatibilidad entre las normas internas y los instrumentos interamericanos, haciendo prevalecer el que mejor proteja o menos restrinja los derechos reconocidos en el sistema jurídico interno conformado por ambos sistemas normativos, en el ámbito de sus competencias.
- 5) Observar como criterio hermenéutico relevante o pauta de interpretación para todo lo anterior a la jurisprudencia de la CoIDH”.²⁴²

²³⁹ Cfr. MEJÍAS-LEMONS (2014), pp. 117-151, especialmente p. 145.

²⁴⁰ DULITZKY (2015), pp. 45-93, especialmente, pp. 59-60.

²⁴¹ PASTOR RIDRUEJO (2003), p. 165.

²⁴² CASTILLA (2011), pp. 593-624, especialmente, p. 614.

Como se puede observar en esta descripción que realiza Castilla, curiosamente aparece el mismo análisis de compatibilidad al que se refiere la Corte IDH en el caso *Las Palmeras*.

Nosotros coincidimos en que, en esencia, esto es lo que la doctrina del control de convencionalidad demanda a los órganos internos de los Estados, en particular, a los órganos jurisdiccionales. Pero discrepamos con Castilla en que se trata de una *especie* de control de convencionalidad o de una interpretación de derechos y libertades acorde a tratados. Tal como este autor lo señala, bajo esta modalidad, lo que el juez nacional debe hacer es observar, garantizar y respetar los tratados y aplicar el derecho internacional. Esto va mucho más allá de una simple actividad interpretativa, como pretende Castilla, cuando se refiere a “una interpretación de derechos y libertades acorde a tratados”. En esta línea, conviene tener presente lo sostenido por Pastor Ridruejo en el sentido de que “la importancia de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos de los Estados radica en el hecho de que la eficacia real del primero depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto”.²⁴³

Ahora bien, Castilla sostiene que argumentar que el verdadero control de convencionalidad lo realiza el tribunal internacional mientras que el juez nacional efectuaría una *especie* de dicho control o ‘una interpretación de derechos y libertades acorde a tratados’, no significa que “el Poder Judicial, que los jueces y tribunales nacionales no estén obligados a aplicar e interpretar el contenido de los tratados internacionales, a velar porque los efectos de las disposiciones de los instrumentos interamericanos no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, ni que no puedan analizar la compatibilidad entre las leyes internas con dichos instrumentos, toda vez que a todo ello están obligados desde el momento en que las normas de origen internacional se incorporan al sistema nacional al que se encuentran vinculados, al orden jurídico nacional que están llamados a respetar, aplicar e interpretar como órganos jurisdiccionales”.²⁴⁴ Esto que describe Castilla corresponde muy bien con la elaboración del control de convencionalidad realizada por la Corte IDH. A nosotros nos parece claro que la conceptualización de Castilla coincide con la formulación de la Corte IDH acerca de la obligación de realizar un control de convencionalidad. Y, lo más importante de todo esto, para nuestros efectos, es que Castilla afirma que los jueces y tribunales nacionales están obligados a aplicar e interpretar el contenido de los tratados internacionales. Consecuentemente, entendemos que para Castilla los jueces nacionales tienen la obligación de velar porque los efectos de las disposiciones de los instrumentos

²⁴³ PASTOR RIDRUEJO (2003), p. 165.

²⁴⁴ CASTILLA (2011), pp. 593-624, especialmente, p. 609.

interamericanos no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.²⁴⁵ Además, Castilla sostiene que no es deseable que la Corte IDH le asigne la obligación de efectuar un control de convencionalidad al poder judicial, sino que, citando a Cançado Trindade, señala que lo deseable y lo obligatorio es que “los órganos del Poder Judicial de cada Estado parte a la Convención Americana [conozcan] a fondo y apli[quen] debidamente no sólo el derecho constitucional sino también el derecho internacional de los derechos humanos”.²⁴⁶ Pero omite precisar que Cançado Trindade observa aquello afirmando la obligación de proceder a un control de convencionalidad por los jueces nacionales.²⁴⁷

1.2. La interpretación de las obligaciones contenidas en los artículos 26 y 27 de la CVDT

Quizás un buen punto de partida sea recurrir a las reglas de interpretación de los tratados internacionales establecidas en la CVDT de 1969, en la sección 3a titulada “Interpretación de los tratados”, artículos 31, 32 y 33. Estas reglas son vinculantes en cuanto normas convencionales y también en cuanto normas consuetudinarias.²⁴⁸ El artículo 31 se refiere a los medios principales de interpretación. Entre estos, se pueden mencionar, la interpretación de buena fe y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado; la interpretación contextual; la interpretación de acuerdo con la práctica ulterior de las partes en la aplicación del tratado; y la interpretación considerando toda forma de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes. El artículo 32 se refiere a los medios complementarios de

²⁴⁵ Cabe destacar esta afirmación ya que corresponde a un criterio de aplicación e interpretación propiamente que proviene del derecho internacional de los tratados. “Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. [...]” Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969.

²⁴⁶ CASTILLA (2011), pp. 593-624, especialmente, p. 611.

²⁴⁷ “O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana. El caso de los Trabajadores Cesados del Congreso plantea la cuestión, para estudios futuros sobre el tema del acceso a la justicia, si la falta de claridad en cuanto al conjunto de los recursos internos puede también conllevar a una denegación de justicia”. Corte IDH: Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158. Voto razonado del juez António Augusto Cançado Trindade, par. 3.

²⁴⁸ MONROY (1995), p. 142.

interpretación, en particular, a los *travaux préparatoires*, para confirmar el sentido resultante de la aplicación de los medios a que se refiere el artículo 31. Además, la jurisprudencia ha desarrollado paralelamente otros principios relevantes como el del efecto útil.²⁴⁹

En efecto, el artículo 31 de la CVDT señala lo siguiente:

“31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

En esta parte, queremos abordar la interpretación de los artículos 26 y 27 de la CVDT de 1969, conforme a la interpretación de buena fe y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. Posteriormente, queremos desarrollar la interpretación de acuerdo con la práctica ulterior de las partes en la aplicación del tratado. Y, por último, la interpretación considerando los *travaux préparatoires*.

²⁴⁹ MONROY (1995), p. 144.

1.2.1. LA INTERPRETACIÓN DE BUENA FE Y TENIENDO EN CUENTA EL OBJETO Y FIN DEL TRATADO

Lo primero que cabe preguntarse es cuál es el objeto y fin del tratado.²⁵⁰ Como se sabe, para determinar esto último, es dable recurrir al preámbulo del tratado respectivo, en este caso de la CVDT.²⁵¹ Este preámbulo admite que “los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos”, y tiene presente “los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios [...] del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades”. En este sentido, Monroy ha señalado que el principio *pacta sunt servanda* implica el deber de los Estados de “abstenerse de ejecutar actos que desvirtúen su genuino sentido [del tratado] o que lo contraríen”.²⁵² Por el lado de la CADH, complementario con aquello, la jurisdicción de la Corte IDH tiene por “finalidad proteger los derechos y libertades de personas determinadas”, lo que permite comprender mejor el objeto y fin de la CADH.²⁵³ Además, la propia Corte IDH ha sostenido que el objeto y fin de la CADH es la “eficaz protección de la persona humana”.²⁵⁴ En este sentido, los artículos 26 y 27 de la CVDT pueden ser analizados considerando que lo relevante es que el tratado se cumpla, que se respeten los derechos humanos dándoles un efecto útil y que los Estados lo cumplan efectivamente. En este sentido, Monroy ha señalado que “los tratados han de interpretarse atendiendo a su objeto y sus fines declarados o manifiestos y cada disposición ha de interpretarse de modo que

²⁵⁰ Este principio de interpretación acorde con el objeto y fin del tratado ha sido reconocida por la jurisprudencia de los tribunales internacionales. CPJI: Dictamen consultivo sobre la competencia de la OIT para regular accesoriamente el trabajo personal del patrón. Serie B, núm. 13, 1926, p. 18; *vid. Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif: C.I.J. Recueil 1949, p. 174, p. 182.

²⁵¹ “La función general del preámbulo es la de servir de interpretación de los tratados internacionales. Y en este sentido ha sido utilizado por la jurisprudencia internacional”. MONROY (1995), p. 148; BUERGENTHAL (1994), p. 89.

²⁵² MONROY (1995), p. 93.

²⁵³ Corte IDH: *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A N° 14, para. 49.

²⁵⁴ Corte IDH: *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N° 109, par. 173; Cfr. Corte IDH: *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C N° 104, pars. 94, 98, 99 y 100; Corte IDH: *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C N° 85, par. 37; Corte IDH: *Caso Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C N° 82, pars. 75 y 86.

se les dé toda la fuerza y todo el efecto compatibles con el sentido normal de las palabras y con otras partes del texto [...]”²⁵⁵

En el famoso caso Molco, la Corte Suprema de Chile ha afirmado que “de acuerdo a los principios del Derecho Internacional, los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos” (S.C.S. de 09.09.1998, Rol N° 469, consid. 10°).²⁵⁶ Esta afirmación ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional de Chile, en el conocido caso relativo al Convenio N° 169 de la OIT, en donde los jueces constitucionales aludieron al mismo, refiriéndose a él como el principio de interpretación conciliadora.²⁵⁷

Dicho de otro modo, la obligación que emanan de los artículos 26 y 27 de la CVDT es que el Estado cumpla con el tratado y lo implemente en su ámbito interno realmente y con efectividad. En este sentido, “es preciso tener en cuenta que la vinculación de los tratados sobre derechos humanos y con ella la sujeción plena de los Estados al orden jurídico internacional supone no sólo el reconocimiento estatal de responsabilidad internacional por violaciones a los derechos reconocidos en los pactos internacionales o el sometimiento a una jurisdicción supranacional, sino, en un plano más inmediato, la real y verdadera eficacia interna de los derechos reconocidos en el tratado internacional”.²⁵⁸ Es cierto que la forma concreta de implementar el tratado puede ser decidido por las autoridades internas del Estado así como la aplicabilidad directa de los tratados, aun cuando, en este aspecto, tratándose de tratados internacionales de derechos humanos el Estado se encuentra más constreñido. En efecto, la clave, en esta parte, es que el Estado, como quiera que decida hacerlo, debe dar cumplimiento efectivo a las obligaciones emanadas del tratado. Aquí se aplica el principio de efectividad. En este contexto, el Tribunal Constitucional peruano se refiere al “control de regularidad del sistema jurídico”

²⁵⁵ MONROY (1995), p. 146.

²⁵⁶ Corte Suprema de Chile: Sala Penal, *Caso Molco*, Rol N° 559-2004, sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006. Considerando 11°.

²⁵⁷ “Que el segundo principio se funda en la gravedad que entraña para un Estado, en el ámbito internacional, la declaración de inconstitucionalidad de las normas de un tratado, por un órgano jurisdiccional interno y se traduce en que el intérprete debe hacer todos los esfuerzos, dentro de lo permitido por la Ley Suprema del respectivo Estado, por encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un Tratado y los preceptos de la Constitución”. Tribunal Constitucional: *Requerimiento respecto del Convenio N° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989*. Rol N° 309-00. Sentencia de fecha 4 de agosto de 2000. Considerando 3°.

²⁵⁸ Tribunal Constitucional de Perú: *Asociación interétnica de desarrollo de la selva (AIDSESP)*. Exp. N° 05427-2009-PC/TC. Sentencia de fecha 30 de junio de 2010, par. 24.

y desarrolla algo que sería propio del Estado de Derecho contemporáneo que es el derecho fundamental a "asegurar y exigir la eficacia de las normas jurídicas", a la sazón, de las normas internacionales de derechos humanos. El principio de regularidad del orden jurídico supone la efectividad de las normas que conforman dicho sistema normativo.²⁵⁹

Un número de autores fundan la obligación de efectuar un control de convencionalidad por las autoridades internas en este principio, también referido como el principio del efecto útil, el cual apunta a lograr que el tratado respectivo produzca y despliegue todos sus efectos.²⁶⁰ Por cierto, la Corte IDH, en su jurisprudencia también alude a este último principio. Sagüés señala entre los fundamentos que se proporcionan, "el principio del efecto útil de los convenios, cuya eficacia no puede ser mermada por normas o prácticas de los Estados".²⁶¹

Como hemos mencionado, las fuentes de la obligación que tiene el Estado de velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin se encuentran en el derecho internacional convencional, en el derecho internacional consuetudinario y en los principios generales, sin perjuicio de considerar las otras fuentes del derecho internacional.²⁶² Desde la perspectiva del derecho internacional convencional, las fuentes inmediatas se pueden encontrar en los artículos 1 y 2 de la CADH y en los artículos 26 y 27 de la CVDT de 1969. Estas normas refieren un principio general en el derecho internacional, esto es, que el Estado debe adoptar inmediata y obligatoriamente todas las medidas destinadas a implementar—incluso en el orden jurídico interno— las obligaciones contraídas en el tratado.²⁶³ Esta sería la interpretación que le daría un efecto útil a las normas internacionales antes mencionadas.²⁶⁴

²⁵⁹ Tribunal Constitucional de Perú: *Asociación interétnica de desarrollo de la selva (AIDSESP)*. Exp. N° 05427-2009-PC/TC. Sentencia de fecha 30 de junio de 2010, párs. 14 y 15.

²⁶⁰ MONROY (1995), p. 144.

²⁶¹ SAGÜÉS (2013), pp. 993-1030, especialmente p. 996.

²⁶² BUERGENTHAL (1994), p. 87.

²⁶³ Sobre este principio general, respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Comité de Derechos Humanos ha señalado: "La obligación estipulada en el párrafo 1 del artículo 2 de que se respeten y hagan efectivos los derechos reconocidos en el Pacto es de efecto inmediato para todos los Estados Parte"; "La obligación consignada en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto no admite reservas y es inmediata". Comité de Derechos Humanos: *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*. Observación General N° 31: CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004. 80° período de sesiones. Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187ª sesión), párs. 5 y 14.

²⁶⁴ El principio de interpretación efectiva, o principio del efecto útil, enunciado en la máxima latina *ut res magis valeat quam pereat*, refleja la norma general de interpretación con arreglo a la cual un tratado debe interpretarse en forma que dé sentido y eficacia a todos los términos del tratado. Por ejemplo, no debe interpretarse una disposición de modo que anule el efecto de otra disposición del mismo tratado. Para un análisis de este principio, *vid.* el Anuario de la Comisión de Derecho

El principio del efecto útil responde a la fórmula latina *ut res magis valeat quam pereat*, esto es, en caso de duda acerca de la interpretación de un precepto, habría que interpretarlo en favor del significado que asegura una función o un efecto a la norma.²⁶⁵ A este respecto, Cançado Trindade ha señalado que

"los elementos que componen la regla general de interpretación de tratados (formulada en el artículo 31(1) de las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 y 1986)—a saber, la buena fe, el texto, el contexto, y el objeto y propósito del tratado—, se encuentran conjugados en una misma formulación, precisamente para señalar la unidad del proceso de interpretación. Subyacente a aquella regla general de interpretación encuéntrase el principio *ut res magis valeat quam pereat*, ampliamente respaldado por la jurisprudencia internacional, y que corresponde al llamado *effet utile* (a veces denominado principio de la efectividad), en virtud del cual hay que asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios en el derecho interno de los Estados Parte".²⁶⁶

Cabe recalcar, que la doctrina del control de convencionalidad ha sido explicitada en el contexto de los derechos humanos y, por lo tanto, se refiere esencialmente a los tratados internacionales que contienen normas de este carácter. No es este el lugar para profundizar un aspecto ya clásico en los textos de derecho internacional de los derechos humanos y que se refiere a las particularidades diferenciadoras de los tratados internacionales de derechos humanos.²⁶⁷ Si junto con

Internacional, 1996, volumen II, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, pp. 239 y ss.: "It would indeed be incompatible with the generally accepted rules of interpretation to admit that a provision of this sort occurring in a special agreement should be devoid of purport or effect. [...] In its Order of August 19th, 1929, in the Free Zones case, the Court said (Series A., N° 22, p. 13): 'in case of doubt, the clauses of a special agreement by which a dispute is referred to the Court must, if it does not involve doing violence to their terms, be construed in a manner enabling the clauses themselves to have appropriate effects'". *Vid.* Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, p. 4, en p. 24; *Vid.* Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 6, en p. 23; JENNINGS and WATTS (Eds) (1992), pp. 1280-1281; "La règle de l'effet utile permet d'aboutir à une interprétation efficace. Selon cette règle, l'interprétation doit supposer que les auteurs du traité ont élaboré une disposition pour qu'elle s'applique. Il doit donc, entre plusieurs sens possibles, choisir celle qui permet son application effective (*ut res magis valeat quam pereat*)". DAILLIER; FORTEAU et PELLET (2009), p. 288.

²⁶⁵ FOCARELLI (2015), p. 156.

²⁶⁶ Corte IDH: *Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1999. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, par. 12.

²⁶⁷ "The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required "in order to liberate mankind from such an odious scourge" (Preamble to the Convention)". *Reservations to the Convention on Genocide*.

lo anterior, tenemos además presente que las normas de derechos humanos tienen como vocación natural ser respetadas, cumplidas, y producir su efecto real y útil en el ámbito interno de los Estados, se puede comprender que la eficacia interna de las normas convencionales de derechos humanos es de primordial importancia.²⁶⁸ De nada sirve –y sería un sinsentido– contraer y mantener una obligación internacional de derechos humanos, a sabiendas que el Estado puede, con su sola voluntad soberana, disponer o mantener normas de derecho interno contrarias o incompatibles con las referidas normas internacionales, lo cual afectaría su vigencia y eficacia.²⁶⁹ En la situación chilena, en todo caso, el propio artículo 54 N°1 inciso 5° de la Constitución impide afectar la vigencia y eficacia de las normas convencionales internacionales mediante normas de derecho interno. En efecto, el referido precepto constitucional señala lo siguiente:

“Artículo 54. Son atribuciones del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales [...].

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

Además, se debe tener en cuenta que de acuerdo con la experiencia de algunos órganos de tratado, la libertad de elección del Estado en los medios de implementación de la obligación internacional que era adecuada para los tratados

Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1951, p. 15, p. 23; “In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*”.

“Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character”. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, pars. 33-34.

²⁶⁸ SEIBERT-FOHR (2001), pp. 399-472, especialmente p. 413.

²⁶⁹ A este respecto cabe recordar la presunción de compatibilidad de la norma interna con la norma internacional (interamericana) porque se asume que el Estado contrae obligaciones internacionales para cumplirlas. Tribunal Constitucional: *Requerimiento respecto del Convenio N° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989*. Rol N° 309-00. Sentencia de fecha 4 de agosto de 2000. Considerando 3°.

en general, parece no ser tan adecuada para los tratados que se encarguen de la protección efectiva de los derechos humanos.²⁷⁰ Entonces, para mantener la coherencia de los sistemas, el principio indica que el Estado tiene el deber de adecuar su orden interno y, consecuentemente, que no puede esgrimir el derecho interno para excusarse de cumplir.

Desde el punto de vista de las obligaciones internacionales en general, una parte de la doctrina ubica los deberes mencionados en el párrafo anterior en el ámbito internacional, no en el ámbito interno de los Estados.²⁷¹ Esto es, la obligación que tiene el Estado de adecuar su derecho interno al derecho internacional y la obligación de no invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de la obligación internacional, ambas operarían en el campo del derecho internacional, no en el terreno del derecho interno. En otras palabras, una norma interna contraria a una obligación internacional puede ser perfectamente válida conforme al derecho interno, pero no conforme al derecho internacional.²⁷² Esta situación podría generar responsabilidad internacional del Estado conforme al derecho internacional, pero en nada alteraría la estructura jurídica en el derecho interno.²⁷³ Aunque este argumento será abordado más adelante conviene ahora señalar que Schmalenbach, a pesar de opinar que el artículo 27 de la CVDT no estipula que los tribunales nacionales deben anular el derecho interno contrario al derecho internacional, reconoce que la libertad de implementación del derecho internacional de que disponen los Estados en su orden interno se encuentra delimitada y circunscrita por el principio de efectividad, el cual adquiere especial importancia en el contexto del derecho convencional humanitario y de los derechos

²⁷⁰ “In sum, the Committee has developed a progressive interpretation of the obligation of States parties to implement the ICCPR. The shift from free choice to detailed requirements on how to implement the Covenant is due to the special character of human rights treaties. While free choice of implementing measures represents the traditional rule under international law, this concept does not seem to be adequate for the effective protection of human rights under the experience of the Committee”. SEIBERT-FOHR (2001), pp. 399-472, especialmente p. 469.

²⁷¹ “Art. 27 excludes the defense of deviant internal law in international dispute settlement procedures [...]”. DÖRR, O. and SCHMALENBACH (2012), p. 454.

²⁷² “The question still remains, therefore, whether the requisition was or was not a violation of Article III, paragraph 2. This question arises irrespective of the position in municipal law. Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision. Even had the Prefect held the requisition to be entirely justified in Italian law, this would not exclude the possibility that it was a violation of the FCN Treaty”. ICJ: *Electronica Sicula S.p.A (ELSI) (United States v. Italy)*, Judgment, ICJ Rep 1989, p. 15, para. 73.

²⁷³ “Art 27 addresses States as international actors, not State organs applying internal law domestically”. DÖRR and SCHMALENBACH, K. (2012), p. 462.

humanos.²⁷⁴ Por eso, Pastor Ridruejo sostiene que “[e]s esencial en este sentido que el Derecho nacional facilite el cumplimiento del Derecho Internacional y más aún que, en caso de conflicto, el Derecho del Estado no sea obstáculo para la observancia de las normas internacionales”.²⁷⁵ En este sentido, Monroy, citando a Sorensen, señala que “la efectividad del derecho internacional depende de la fidelidad con la que el derecho nacional se ajuste a sus normas”.²⁷⁶ En consecuencia, sostener que los artículos 26 y 27 no imponen obligaciones para el Estado en su ámbito jurídico interno atenta contra el principio de efectividad de la norma internacional y de su efecto útil.

1.2.2. LA INTERPRETACIÓN DE ACUERDO CON LA PRÁCTICA ULTERIOR DE LAS PARTES EN LA APLICACIÓN DEL TRATADO

El artículo 31 de la CVDT establece expresamente como regla de interpretación la práctica que se ha originado en base al tratado, y que han desarrollado los Estados acerca de la cláusula de un tratado que está sujeta a interpretación.²⁷⁷ Creemos que la práctica ulterior de los Estados acerca de la aplicación de la norma de los artículos 26 y 27 de la CVDT revela un acuerdo implícito. Este acuerdo consiste en el entendimiento de que la imposibilidad de justificar en una norma de derecho interno el incumplimiento del derecho internacional implica asimismo que dicha norma despliega todos sus efectos en la esfera interna de los Estados. La jurisprudencia internacional ha reconocido “el acuerdo posterior entre las partes como forma de interpretación de un tratado o la práctica posterior”.²⁷⁸ Concretamente, Monroy señala que los tratados “han de interpretarse atendiendo a su objeto y sus fines declarados o manifiestos y cada disposición ha de interpretarse de modo que se les dé toda la fuerza y todo el efecto [...]”.²⁷⁹

En el caso de Chile, la jurisprudencia de sus tribunales superiores de justicia ha decantado el significado del artículo 27 de la CVDT en este sentido. En efecto, en el caso Molco, la Corte Suprema de Chile ha sostenido que “los tratados internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados, de lo que se colige que el derecho interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales”.²⁸⁰ Esta declaración del máximo tribunal forma parte de la práctica judicial del Estado.

²⁷⁴ DÖRR and SCHMALENBACH, K. (2012), p. 463.

²⁷⁵ PASTOR RIDRUEJO (2003), p. 165.

²⁷⁶ MONROY (1995), p. 127.

²⁷⁷ BUERGENTHAL (1994), p. 89.

²⁷⁸ *Cambodge c. Thaïlande*, Exceptions préliminaires, Arrêt du 26 mai 1961. C.I.J. Recueil 1961, p. 17, p. 34.

²⁷⁹ MONROY (1995), p. 146.

²⁸⁰ Corte Suprema de Chile: Sala Penal, *Caso Molco*, Rol N° 559-2004, sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006. Considerando 11°.

Del mismo modo, la Corte Suprema de Chile ha incorporado, como parte de su práctica jurisprudencial, el reconocimiento de que los principios y normas convencionales de derecho internacional obligan al Estado de Chile en la esfera interna del Estado “en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política”. Y, agrega, todas “estas normas de rango constitucional imponen un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las normas de derecho internacional”. En efecto, en el caso Augusto Carmona en 2017, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

“Que por otro lado, como ya se ha esbozado, la acción civil aquí deducida en contra del Fisco tendiente a obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados encuentra su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado de Chile a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política.

Los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagran que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar otros preceptos de derecho interno, pues si se verifica un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación”.²⁸¹

“Que estas normas de rango constitucional imponen un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las normas de derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Por esta razón no resultan aplicables a estos efectos las normas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como pretende el Fisco demandado, pues ellas contradicen lo dispuesto en la normativa internacional”.²⁸²

²⁸¹ Corte de Suprema de Chile: *Caso Augusto Carmona con Fisco*. Rol N° 55.213-2016. Sentencia de fecha 16 de mayo de 2017. Considerando 26°.

²⁸² Corte de Suprema de Chile: *Caso Augusto Carmona con Fisco*. Rol N° 55.213-2016. Sentencia de fecha 16 de mayo de 2017. Considerando 27°.

Asimismo, la Corte Suprema de Chile, en su práctica jurisdiccional ha fundado directamente su deber de reparar en las normas internacionales, las cuales obligan al Estado en el derecho interno, *inter alia*, por mandato del artículo 27 de la CVDT de 1969. En efecto, en el caso Urbina Ramos de 2016, la Corte Suprema ha sostenido extensamente este argumento, como sigue:

“Que en lo referido a los restantes apartados de la impugnación, resulta necesario tener en cuenta que la acción civil deducida en contra del Fisco de Chile tiene por objeto obtener la íntegra reparación de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado, conforme fluye de los tratados internacionales ratificados por Chile y de la interpretación de normas de derecho interno en conformidad a la Constitución Política de la República.

En efecto, este derecho de las víctimas y sus familiares encuentra su fundamento en los principios generales de derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación íntegra, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° y en el artículo 6° de la Constitución Política.”²⁸³

“Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público y aspectos de justicia material. En el caso en análisis, dado el contexto en que el ilícito fue verificado con la intervención de agentes del Estado durante un período de extrema anormalidad institucional en el que representaban al gobierno de la época, y en que –al menos en el caso de autos– claramente se abusó de aquella potestad y representación, produciendo agravios de tanta gravedad como el que aquí se estudia, por lo que el Estado de Chile no puede eludir su responsabilidad legal de reparar dicha deuda de jure. A lo anterior lo obliga el Derecho Internacional, traducido en Convenios y Tratados que, por clara disposición constitucional, le son vinculantes, como ocurre por ejemplo y entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, que establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas, página 231).

De esta forma, el derecho de las víctimas a percibir la compensación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo

²⁸³ Corte Suprema de Chile: *Urbina Ramos con Fisco*. Rol N° 9757-2015. Sentencia de fecha 21 de junio de 2016. Considerando 11°.

que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra legislación interna, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República que señala que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

El artículo 6° de la misma Carta Fundamental, al igual que la disposición antes referida, forma parte de las “Bases de la Institucionalidad” –por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la jurisdicción– y ordena que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, indicando el deber categórico que se le impone al tribunal nacional a descartar la aplicación de las normas que no se conformen o sean contrarias a la Constitución. El mismo artículo 6° enseña que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”, y concluye señalando que “la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.²⁸⁴

En el caso de Argentina, la jurisprudencia de su máximo tribunal ha asimismo orientado su entendimiento del artículo 27 de la CVDT en el sentido señalado más arriba. Así, en el caso Ekmekdjian de 1992 la Corte Suprema de Justicia de la Nación encontró en el artículo 27 mencionado el fundamento positivo para el deber de cumplimiento en la esfera interna de los Estados de las obligaciones internacionales que ha adquirido, debiendo el tribunal “velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente”.

“Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados –aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980– confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7 (La Ley, 43-458; 131-773), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual “no existe fundamento normativo para acordar prioridad” al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena,

²⁸⁴ Corte Suprema de Chile: *Urbina Ramos con Fisco*. Rol N° 9757-2015. Sentencia de fecha 21 de junio de 2016. Considerando 12°.

según el cual "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".²⁸⁵

"Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.

Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente.²⁸⁶

"Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso".²⁸⁷

Adicionalmente, en el caso de Perú, el Tribunal Constitucional de Perú, en el caso de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDSESP), de 2010, reafirmó este principio que la práctica estatal jurisdiccional de Chile y Argentina han reiterado, i.e., que los artículos 26 y 27 de la CVDT imponen en el orden interno de los Estados el deber de cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales e impiden que se pueda invocar el orden jurídico interno como causal justificadora del incumplimiento. En efecto, el Tribunal Constitucional de Perú señala lo siguiente:

"[...] este Tribunal encuentra que la obligación del Estado de adoptar medidas de derecho interno para efectivizar los derechos establecidos en un tratado de derechos humanos, no es un deber cuya fuente tenga que buscarse en un artículo expreso de

²⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: *Fallo Ekmekdjian Miguel A. c. Sofovich, Gerardo et al.*, Sentencia de fecha 7 de julio de 1992. Considerando 18°.

²⁸⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: *Fallo Ekmekdjian Miguel A. c. Sofovich, Gerardo et al.*, Sentencia de fecha 7 de julio de 1992. Considerando 19°.

²⁸⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: *Fallo Ekmekdjian Miguel A. c. Sofovich, Gerardo et al.*, Sentencia de fecha 7 de julio de 1992. Considerando 20°.

ese mismo tratado. En primer lugar, porque sería errado sostener que un tratado de derechos humanos directamente aplicable y vinculante para un Estado Parte, tolera al mismo tiempo su inoperancia fruto de la no regulación a nivel interno de los derechos en él reconocidos. Y en segundo lugar, porque una interpretación distinta implicaría desconocer que los tratados de derechos humanos deben interpretarse no sólo de buena fe y atendiendo a su objeto y propósito (artículo 31 de la Convención de Viena), sino también en atención al principio *pro homine*, es decir, prefiriendo la interpretación que mejor favorezca a la protección de los derechos humanos por aquél reconocidos.²⁸⁸

"En dicho contexto, es necesario advertir la existencia de importantes instrumentos internacionales, algunos vinculantes y otros ilustrativos, de cuya interpretación se puede colegir que el Estado peruano se encuentra obligado a adoptar medidas de derecho interno (entre ellas, normas legales e infralegales) con la finalidad de dar eficacia a los derechos reconocidos en los pactos internacionales".²⁸⁹

"A la luz de estas disposiciones, se advierte que el Estado peruano, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se encuentra obligado a desarrollar normativamente el contenido mínimo de las disposiciones internacionales que recogen tales derechos. La adopción de tales medidas, en consecuencia, son un complemento esencial e inmediatamente exigible de cara a efectivizar los derechos enunciados en los tratados internacionales sobre derechos humanos".²⁹⁰

"Con todo, este Tribunal desea aclarar, en primer lugar, que cuando los citados instrumentos internacionales señalan que el obligado a adoptar tales medidas es "el Estado", debe entenderse que tal deber alcanza a todos los poderes públicos que forman dicha entidad, habida cuenta que los tratados de derechos humanos vinculan a todos ellos por igual. Siendo ello así, resulta obvio que la entidad demandada en el presente caso, también se encuentra obligada a cumplir dicha obligación, dentro del marco de sus competencias".²⁹¹

Asimismo, en Perú, la Corte Suprema de Justicia, en 2002, sostuvo que "conforme a las normas de Derecho Internacional debe respetarse la inoponibilidad del derecho interno para incumplir los tratados, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados [...] que, dicha Convención,

²⁸⁸ Tribunal Constitucional de Perú: *Asociación interétnica de desarrollo de la selva (AIDSESP)*. Exp. N° 05427-2009-PC/TC. Sentencia de fecha 30 de junio de 2010, par. 35.

²⁸⁹ Tribunal Constitucional de Perú: *Asociación interétnica de desarrollo de la selva (AIDSESP)*. Exp. N° 05427-2009-PC/TC. Sentencia de fecha 30 de junio de 2010, par. 36.

²⁹⁰ Tribunal Constitucional de Perú: *Asociación interétnica de desarrollo de la selva (AIDSESP)*. Exp. N° 05427-2009-PC/TC. Sentencia de fecha 30 de junio de 2010, par. 37.

²⁹¹ Tribunal Constitucional de Perú: *Asociación interétnica de desarrollo de la selva (AIDSESP)*. Exp. N° 05427-2009-PC/TC. Sentencia de fecha 30 de junio de 2010, par. 38.

si bien no ha sido ratificada por el Perú, contiene la expresión de una costumbre que es fuente del Derecho Internacional".²⁹²

Por su lado, relacionado con las obligaciones que emanan de los artículos 26 y 27 de la CVDT, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en sentencia de fecha 25 de agosto de 2009, ha señalado que "considera importante hacer énfasis en la necesidad de que los jueces apliquen e interpreten en forma correcta tanto la legislación interna como los instrumentos de derecho internacional que vinculan a Costa Rica y le otorgan obligaciones y derechos ineludibles en el concierto de las Naciones [...]".²⁹³

Además, en el caso de la India, por ejemplo, en *Jeeja Ghosh v. Union of India*, la Corte Suprema de la India reafirma el derecho de las personas con discapacidad para vivir con dignidad. Para alcanzar esta conclusión, la Corte se refiere también al derecho internacional con el objeto de subrayar los derechos de las personas con discapacidad.²⁹⁴ En efecto, la sentencia sostiene que "[l]a Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1963 requiere que la legislación interna de la India cumpla con las obligaciones internacionales. El artículo 27 establece que un "Estado parte [...] no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de la falta de cumplimiento del tratado".²⁹⁵

Dicho de otro modo, el artículo 27 de la CVDT emerge como el fundamento de derecho positivo para que los órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales del Estado apliquen el tratado, en el ámbito interno, a los supuestos que ese tratado contemple.

Por último, la propia Corte IDH ha entendido el artículo 27 de la CVDT como el fundamento de la obligación que tiene el Estado de velar por que se respeten en el derecho interno las normas internacionales a las que se encuentra vinculado. Así, en el caso *Almonacid Arellano* de 2006, la Corte IDH señaló claramente que

"[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno". Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969".²⁹⁶

1.2.3. LA INTERPRETACIÓN CONSIDERANDO LOS TRAVAUX PRÉPARATOIRES

Como se ha mencionado, el artículo 32 de la misma CVDT señala que "los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración" constituyen medios "complementarios" de interpretación.²⁹⁷ Fuentes, en su crítica a la sentencia *Almonacid*, se apoya principalmente en los trabajos preparatorios de la CVDT.²⁹⁸ A este respecto, conviene tener presente lo señalado por Cançado Trindade, en el sentido de que "[l]as propias Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986) cuidan de advertir, en el artículo 32, que solamente cuando la interpretación de un tratado conforme a la regla general del artículo 31 deja el sentido "ambiguo u oscuro", o conduce a un resultado manifiestamente irrazonable, cabría acudir al uso de medios complementarios de interpretación, tales como el recurso a los trabajos preparatorios del tratado en cuestión".²⁹⁹ Sin embargo, nosotros queremos exponer elementos de estos trabajos preparatorios que pueden servir para la reflexión que proponemos.

De acuerdo con Villiger, "[e]l artículo 27 fue puesto en tabla en la Conferencia de Viena de 1968/1969 por Paquistán como una enmienda al proyecto de artículo 23 de la Comisión de Derecho Internacional sobre el principio *pacta sunt servanda*. El objetivo de la enmienda era evitar que los Estados invocaran su derecho interno para evadir sus obligaciones convencionales".³⁰⁰ Al final, esta disposición fue formulada en una norma separada del principio *pacta sunt servanda* y buena fe. La introducción de esta enmienda fue criticada por diversos países, sobre todo, argumentando la supremacía de las normas constitucionales.

En efecto, refiriéndose al actual artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, el representante de Estados Unidos señaló su entendimiento a este respecto. Al explicar su posición, aludió a la noción de jerarquía normativa en el derecho interno. Señaló que cada Estado tenía el derecho a determinar qué norma tenía primacía interna en caso de conflicto de normas. El artículo 27 mencionado no reducía de ninguna manera dicho derecho. Según el representante de Estados Unidos, el artículo 27 únicamente disponía que ningún Estado parte en un tratado podía justificar internacionalmente el incumplimiento de una obligación internacional invocando una disposición de su derecho interno.³⁰¹

²⁹² Corte Suprema de Justicia de Perú: Sala civil permanente. Exp. N° 000093-2001. Sentencia de fecha 8 de mayo de 2002. Considerando 7°.

²⁹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica: Acción de inconstitucionalidad. Exp. N° 09-011073-0007-CO, sentencia de fecha 25 de agosto de 2009.

²⁹⁴ PRABHASH RANJAN, Anmolan y FARHEEN, Ahmad: "Is the Supreme Court Confused About the Application of International Law?", 28 de septiembre de 2016. Disponible en <<https://thewire.in/53930/supreme-court-international-law/>> [visitado el 25/4/2017].

²⁹⁵ Supreme Court of India: *Jeeja Ghosh v. Union of India*. Writ Petition (C) N° 382 of 2014. Judgement May 12, 2016, para. 13.

²⁹⁶ Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, para. 125.

²⁹⁷ BUERGENTHAL (1994), p. 89.

²⁹⁸ FUENTES (2008), pp. 483-505, especialmente, p. 489.

²⁹⁹ Corte IDH: *Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de mayo de 1999. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, par. 11.

³⁰⁰ VILLIGER (2009), p. 371.

³⁰¹ United Nations Conference on the Law of Treaties. Vienna, Austria, Second session, 9 April-22 May 1969. Document: A/CONF.39/SR.13, p. 51. Thirteenth plenary meeting. Extract from the Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole).

El representante de Venezuela sostuvo que había que eliminar el actual artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, ya que era redundante y de hecho entraba en conflicto con otras normas de la Convención, desde que introduce la idea de la precedencia del derecho interno sobre el derecho internacional.³⁰² El representante de Argentina dijo que se abstendría de votar a favor del artículo porque tenía dudas de su compatibilidad con la denominada 'cláusula constitucional'.³⁰³

leyendo, sobre todo, los actuales artículos 26 y 27 en conjunto, el representante de Suiza señaló que estas disposiciones servirían a un fin educativo para las autoridades internas, en el sentido de la implementación interna de los tratados internacionales.³⁰⁴ Pero el representante de Ecuador rechazó estas propuestas esgrimiendo que ellas vulneraban el principio de la soberanía nacional y parecían estar basadas en la desconfianza hacia los Estados.³⁰⁵ Similarmente, el representante del Reino Unido vinculó el debate acerca de los actuales artículos 26 y 27 de la CVDT con las técnicas jurídicas para la incorporación de los tratados al derecho interno y los mecanismos internos destinados a darle total aplicación o efecto directo a los tratados internacionales.³⁰⁶ Pero, a este respecto, cabe recordar las palabras del Presidente de la Conferencia profesor Ago quien señaló que el actual artículo 27 se refería sólo a tratados ya en vigor, no en proceso de adopción ni de incorporación al derecho nacional.³⁰⁷

³⁰² United Nations Conference on the Law of Treaties. Vienna, Austria, Second session, 9 April-22 May 1969. Document: A/CONF.39/SR.13, p. 54. Thirteenth plenary meeting. Extract from the Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole).

³⁰³ United Nations Conference on the Law of Treaties. Vienna, Austria, Second session, 9 April-22 May 1969. Document: A/CONF.39/SR.13, p. 54. Thirteenth plenary meeting. Extract from the Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole).

³⁰⁴ United Nations Conference on the Law of Treaties. Vienna, Austria, Second session, 9 April-22 May 1969. Document: A/CONF.39/SR.13, p. 51. Thirteenth plenary meeting. Extract from the Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole).

³⁰⁵ United Nations Conference on the Law of Treaties. Vienna, Austria, Second session, 9 April-22 May 1969. Document: A/CONF.39/SR.13, p. 52. Thirteenth plenary meeting. Extract from the Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole).

³⁰⁶ United Nations Conference on the Law of Treaties. Vienna, Austria, Second session, 9 April-22 May 1969. Document: A/CONF.39/SR.13, p. 52. Thirteenth plenary meeting. Extract from the Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole).

³⁰⁷ United Nations Conference on the Law of Treaties. Vienna, Austria, Second session, 9 April-22 May 1969. Document: A/CONF.39/SR.13, p. 54. Thirteenth plenary meeting. Extract

A este respecto, resulta muy relevante mencionar la declaración del representante chileno en la Conferencia de Viena, relativa al actual artículo 27 de la CVDT, en virtud de la cual apoyó la propuesta de Paquistán. El representante chileno señaló que "un Estado siempre puede invocar sus disposiciones constitucionales para rechazar firmar un tratado, pero una vez que ha expresado su consentimiento para obligarse por un tratado, nada podría justificar su intento posterior de evadir el cumplimiento invocando las disposiciones de su Constitución, e incluso menos de su normativa legal".³⁰⁸

De este modo, las críticas al actual artículo 27 de la CVDT fueron derrotadas en la Conferencia ya que la enmienda fue aprobada por la amplia mayoría de los Estados. En definitiva, "el artículo 27 fue adoptado por 73 votos contra 2, con 24 abstenciones. El alto número de abstenciones reflejó las vacilaciones de algunos Estados para reconocer la supremacía del derecho internacional sobre los derechos y poderes nacionales".³⁰⁹

1.3. La división de las aguas entre derecho internacional y derecho interno

Se ha sostenido que una norma puede ser absolutamente acorde a derecho en el derecho interno y, sin embargo, constituir un hecho internacionalmente ilícito, que genere responsabilidad en el ámbito internacional. O bien, una norma interna puede ser ilícita en el derecho interno, pero perfectamente acorde con las obligaciones internacionales del Estado.³¹⁰ Si el Estado no tiene ninguna obligación de cumplir en su derecho interno con las normas del derecho internacional, pudiendo incluso mantener o dictar normas reglamentarias, legales o constitucionales contrarias a las obligaciones internacionales, sin que ello signifique una vulneración del orden jurídico estatal, ello podría conducir a una falta de eficacia

from the Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole).

³⁰⁸ "33. His delegation favoured the idea embodied in the amendment by Pakistan (A/CONF.39/C.1/L.I.81). There were good reasons for including in the draft a clause prohibiting a party to a treaty from invoking its own constitutional laws as an excuse for its failure to perform treaty obligations. A State could always invoke its constitutional provisions in order to refuse to sign a treaty; but once it had expressed its consent to be bound by a treaty, nothing could justify its attempting later to evade performance by invoking the provisions of its constitution, and still less of its ordinary legislation". United Nations Conference on the Law of Treaties Vienna, Austria. First session 26 March-24 May 1968. Document: A/CONF.39/C.1/SR.29, p. 154. 29th meeting of the Committee of the Whole Extract from the Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole)

³⁰⁹ Villiger (2009), p. 371.

³¹⁰ DÖRR, and SCHMALENBACH, K. (2012), pp. 462-463.

de las normas internacionales y transformar a las obligaciones de esta naturaleza en meramente teóricas o ilusorias.³¹¹

Junto con lo anterior, se plantea una gran interrogante en el ámbito de los derechos humanos. ¿La visión expresada en el párrafo precedente significa que un Estado podría dictar normas contrarias o incompatibles con las normas internacionales de derechos humanos, nunca cumplirlas, ni darles efectividad en el orden interno, y ello lo único que generaría sería responsabilidad internacional? ¿Es ello coherente?³¹² A este respecto debemos referirnos al principio de efectividad de las obligaciones internacionales y vincular aquello con el principio de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.³¹³ En este sentido, la Corte IDH les ha recordado a los Estados la relevancia de este principio. En efecto, en el caso *Goiburú*, señaló:

“El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el derecho internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo”.³¹⁴

Además, debemos resaltar que los artículos 26 y 27 de la CVDT encuentran un reconocimiento expreso, en términos de principios, en el texto de la Constitución chilena, entre otros, en el artículo 5° de la Constitución. Así ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional chileno, quien afirma que el artículo 5° no hace sino reiterar los principios de buena fe, *pacta sunt servanda* e imposibilidad de excusarse en el derecho interno respecto de las obligaciones de derechos humanos en el orden jurídico interno, de modo tal que si dicho artículo 5° no existiera, de todas maneras estaría obligado por los artículos 26 y 27 de la CVDT de 1969.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en este sentido, lo que sigue:

“Que resulta necesario reflexionar sobre el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que subraya y resalta, especialmente, el deber de todos los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como ocurre con el mencionado Convenio 169.

³¹¹ SUDRE (2003), pp. 755-779, especialmente p. 756.

³¹² SLAUTSKY (2009), pp. 227-242.

³¹³ SOUVIGNET (2008), pp. 23-50.

³¹⁴ Corte IDH: *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N° 153, par. 131.

Si bien se mira, esa obligación o deber les correspondería a los órganos del Estado de Chile aunque esa norma específica no existiera, en virtud del principio internacional *pacta sunt servanda*—que se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados—, que obliga a todos los órganos del Estado parte a cumplir, de buena fe, las obligaciones adquiridas en virtud del tratado, sin admitir excusas fundadas en la aplicación del derecho interno (artículo 27 de la Convención de Viena).

Lo que hace, entonces, esa norma constitucional es reforzar, mediante un enunciado específico, esa obligación en materia de derechos humanos, pero no tiene la virtud de elevar—ni podría hacerlo, ya que no fueron aprobados en ejercicio del Poder Constituyente— tales tratados a rango constitucional.³¹⁵

Esta decisión del Tribunal Constitucional chileno parecería indicarnos que las obligaciones contenidas en el artículo 5° de la Constitución son una reiteración de las normas contenidas en los artículos 26 y 27 de la CVDT. Si no existiera el artículo 5° de todas maneras el Estado estaría sujeto a esas obligaciones por mandato de los artículos 26 y 27 de la CVDT. Y esas obligaciones se refieren al imperativo que pesa sobre los órganos del Estado de hacer cumplir las normas que los contienen cuando éstas son suficientemente autónomas para ejecutarse sin necesidad de una regulación adicional y a la necesidad de remover los obstáculos que dificultan su libre ejercicio.³¹⁶

En estas líneas, el Tribunal Constitucional parece coincidir con los requerimientos, cada vez más exigentes del Comité de Derechos Humanos (CDH) en cuanto al cumplimiento de las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). En efecto, de acuerdo con sus observaciones, el Comité parece pedirle a los Estados que adopten medidas que vayan más allá en la implementación, sobre todo, proporcionando acceso a la tutela del derecho respectivo, de tal

³¹⁵ Tribunal Constitucional: (Acumulada con Rol N° 2388-12) *Requerimiento presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado, para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1°, numerales 20, 3, letra c) y 48 del proyecto de ley que modifica, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N° 18.892 y sus modificaciones, incluido en el Boletín N° 8091-21. Rol N° 2387-12. Sentencia de fecha 23 de enero de 2013. Considerando 12°.*

³¹⁶ Tribunal Constitucional: (Acumulada con Rol N° 2388-12) *Requerimiento presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado, para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1°, numerales 20, 3, letra c) y 48 del proyecto de ley que modifica, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N° 18.892 y sus modificaciones, incluido en el Boletín N° 8091-21. Rol N° 2387-12. Sentencia de fecha 23 de enero de 2013. Considerando 13°.*

manera que si el órgano legislativo omite o falla en dictar las normas pertinentes, el individuo no se vea impedido de invocarlas ante el juez nacional.³¹⁷

Como se ha mencionado, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que las normas contenidas en los artículos 26 y 27 de la CVDT, forman parte del derecho internacional consuetudinario.³¹⁸ En general, los enunciados se refieren a que las partes deben cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe y que en caso de conflicto entre el tratado y una disposición de derecho interno, la disposición del tratado debe prevalecer.³¹⁹

Se podría sostener que el artículo 27 de la CVDT tiene, al menos, un doble propósito. Por una parte, afirma que una vía para honrar las obligaciones convencionales es asegurar que el derecho interno del Estado se ajuste a dichas obligaciones internacionales. Dicho de otro modo, cuando el Estado es acusado de violar el derecho internacional, no puede descansar en su derecho interno como defensa. Y, por otra parte, sirve como criterio en el proceso de determinación de la responsabilidad internacional del Estado.³²⁰

Sin perjuicio de lo anterior, en los párrafos precedentes hemos intentado explicar que el control de convencionalidad que deben efectuar los órganos internos de los Estados se funda, en derecho positivo, en las obligaciones que genera para el Estado los artículos 1 y 2 de la CADH, las cuales son complementadas por las obligaciones que emanan para el Estado, *inter alia*, de los artículos 26 y 27 de la CVDT. Esto último se vería respaldado incluso por los argumentos de Castilla quien señala que lo que la Corte IDH busca con el control de convencionalidad es simplemente recordarles a los jueces y tribunales nacionales que “las obligaciones que tienen no de hoy ni a partir de la sentencia del caso Almonacid Arellano, sino desde el momento en que el Estado al cual integran como uno de sus poderes asumió obligaciones internacionales para la protección de los derechos

humanos”.³²¹ Es decir, la obligación que tendría el Estado emanaría de las normas generales aplicables a las obligaciones internacionales. Por eso que Castilla culmina afirmando que “[e]s mejor limitarse a pedirles [a los jueces nacionales] que cumplan con sus obligaciones, que observen los tratados y que en caso de duda, acudan a la jurisprudencia interamericana como guía de interpretación de aquellos”.³²²

Como se ha visto, la norma del artículo 26 de la CVDT de 1969, se ve complementada por el artículo 27 de la misma. En efecto, el artículo 27 de la Convención de Viena señala lo siguiente:

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

El artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 se refiere a la infracción de normas internas de un Estado relativas a la validez de la manifestación de voluntad de un Estado en obligarse por un tratado, como posibilidad de anular el mismo. La parte que interesa a propósito del control de convencionalidad es la imposibilidad de invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. No hay duda que esta norma convencional, configura a su vez una norma consuetudinaria como asimismo un principio general del derecho internacional.³²³ Los principios contenidos en la CVDT son ampliamente considerados que forman parte del derecho internacional consuetudinario.³²⁴ Un ejemplo relevante lo constituye el caso de la India.³²⁵ India no ha ratificado la Convención antes mencionada. Sin embargo, sus máximos tribunales aplican profusamente dicha Convención, a título consuetudinario.³²⁶ Los autores se acuerdan en sostener que esta norma es aplicable en el ámbito internacional sin ambages, y que tiene una prolongación en el derecho de la responsabilidad internacional del Estado.³²⁷ La jurisprudencia

³¹⁷ “The obligation to respect and ensure the Covenant rights pursuant to article 2 para. 1 and the right to an effective remedy pursuant to article 2 para. 3 play a vital role in this concept. It goes without saying that the Committee still requires further steps of implementation beyond the incorporation of the Covenant. But if the legislature fails to enact implementing legislation, individuals shall not be prevented from invoking the Covenant rights in court”. SEIBERT-FOHR (2001), pp. 399-472, especialmente p. 438.

³¹⁸ “La Cour fait observer que, en vertu de l'article 27 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui reflète le droit international coutumier, le Sénégal ne peut justifier son manquement à l'obligation prévue au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention contre la torture en invoquant son droit interne, notamment les décisions d'incompétence rendues par les juridictions sénégalaises en 2000 et 2001, et le fait qu'il n'ait adopté qu'en 2007 la législation nécessaire, conformément au paragraphe 2 de l'article 5 de ladite convention». *Questions concernant l'obligation de poursuite ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, para. 113.

³¹⁹ KANWAR (2015), pp. 19-20.

³²⁰ VILLIGER (2009), p. 371.

³²¹ CASTILLA (2011), pp. 593-624, especialmente, p. 615.

³²² CASTILLA (2011), pp. 593-624, especialmente, p. 615.

³²³ NAHLIK (1969), pp. 24-53.

³²⁴ FOCARELLI (2015), p. 119.

³²⁵ KANWAR (2015).

³²⁶ In *AWAS Ireland v. Directorate General of Civil Aviation*, “[t]he High Court also applied the principle in Article 27 of the Vienna Convention which casts an obligation on a State to not only remain bound by the terms of a treaty entered into by a State but also, to not cite internal law as a justification for failure to perform its obligation under a treaty”. *Vid.* NAGARAJ, Sushma: “Indian Court embraces the Vienna Convention on Law of Treaties”, en *Opinio Juris*, 2 de abril de 2015. Disponible en <<http://opiniojuris.org/2015/04/02/guest-post-indian-court-embraces-the-vienna-convention-on-law-of-treaties/>> [visitado el 25/4/2017]; *vid.* Supreme Court of India: *Ram Jethmalani v. Union of India* ((2011) 8 SCC 1; Delhi High Court: *AWAS Ireland v. Directorate General of Civil Aviation* (W.P (C) 671/2005, Judgment 19th March 2015.

³²⁷ DUPUY et KERBRAT (2016), p. 327; COMBACAU and SUR (2001), p. 147.

internacional casi centenaria así lo ha sostenido y reiterado en diversas oportunidades.³²⁸ Con todo, algunos sostienen, en cambio, que el artículo 27 de la CVDT solamente tiene explicación y aplicación en el contexto de las normas secundarias relativas al derecho de la responsabilidad internacional.³²⁹ Esto contrasta con el tratamiento que la doctrina realiza del artículo 27 de la CVDT de 1969, la cual analiza dicho precepto convencional invariablemente en la esfera de la observancia de los tratados, esto es, en el ámbito de la vigencia, aplicación e interpretación de los mismos.³³⁰ Monroy, citando a Hostert, sostiene claramente que la obligación que tiene el Estado de adoptar medidas internas para dar cumplimiento a una obligación internacional, concierne, en primer término, al derecho de los tratados, y en segundo lugar, a la responsabilidad del Estado.³³¹ Asimismo, la doctrina examina esta norma en el contexto de la relación entre el derecho internacional y

³²⁸ «Il faut observer, cependant, que si, d'une part, d'après les principes généralement admis, un État ne peut, vis-à-vis d'un autre État, se prévaloir des dispositions constitutionnelles de ce dernier, mais seulement du droit international et des engagements internationaux valablement contractés, d'autre part et inversement, un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur. L'application de ces principes au cas dont il s'agit a pour effet que la question du traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise doit être résolue exclusivement sur la base des règles du droit international et des dispositions conventionnelles en vigueur entre la Pologne et Dantzig». Cour Permanente de Justice Internationale: *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*. Avis Consultatif du 4 février 1932, Série A/B, N° 44, p. 24; «Mais cette clause ne fait que mettre en relief un principe allant de soi, d'après lequel un État qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris». Cour Permanente de Justice Internationale: *Échange des populations Grecques et Turques* (Convention VI de Lausanne, 30 Janvier 1923, Article 2). Avis Consultatif du 21 février 1925, Série B, N° 10, p. 20; «D'une part, c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité». Cour Permanente de Justice Internationale: *Question des «Communautés» Gréco-Bulgares*. Avis Consultatif du 31 juillet 1930, Série B, N° 77, p. 32.

³²⁹ FUENTES (2008), pp. 483-505; DULITZKY (2015), pp. 45-93; MEJÍAS-LEMONS (2014), pp. 117-151.

³³⁰ DUPUY et KERBRAT (2016), p. 326; COMBACAU, and SUR (2001), p. 147 [estos últimos tratan el artículo 27 de la CVDT en una sección titulada "autoridad de las normas convencionales"]; GUERRA (2012), pp. 45-46 [quien trata el artículo 27 de la CVDT en la sección "relación entre el derecho interno y el derecho internacional"]; Incluso Decaux ubica a estas normas dentro de las obligaciones primarias. Sobre las normas primarias y secundarias en derecho internacional, Decaux señala: "Podemos hablar de obligaciones primarias, tratándose de obligaciones de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos, como la obligación de ejecutar de buena fe los tratados. Pero cuando estas obligaciones no son respetadas, aparecen otras obligaciones que derivan de la aplicación de la responsabilidad estatal, calificadas como obligaciones secundarias». DECAUX (2004), p. 74.

³³¹ MONROY (1995), p. 100.

el derecho interno.³³² En efecto, en este ámbito, el artículo 27 de la CVDT contiene una regla general de derecho internacional consistente en que un Estado no puede invocar una regla o un vacío en su propio sistema jurídico interno como defensa frente a una reivindicación basada en el derecho internacional. En otras palabras, el Estado debe cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe e, igualmente, existe un deber general para los Estados de poner su derecho interno en conformidad con las obligaciones internacionales.³³³

La controversia aparece entonces en el orden jurídico interno de los Estados.³³⁴ Algunos autores sostienen que el artículo 27 de la CVDT sólo implica que a nivel internacional el Estado no puede invocar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, pero nada más que eso.³³⁵ En consecuencia, desde el punto de vista del derecho interno, el artículo 27 de la CVDT no impone obligación alguna para el Estado. También sostienen estos autores, y nosotros coincidimos en ello –pero solo en esto–, que la forma como se incorporan los tratados internacionales y la posición que ocupan los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico interno es una cuestión que se determina conforme al derecho positivo nacional vigente.³³⁶ Así por ejemplo, Aldunate sostiene que "[l]a mañida referencia a la disposición de Viena que prohíbe alegar a los estados una disposición de derecho interno para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones no define –como algunos autores pretenden– una posición de primacía del tratado internacional en el ordenamiento jurídico interno del Estado; sólo excluye el alegato sobre la base de ese ordenamiento jurídico para desconocer sus pactos, en el propio orden internacional".³³⁷ Resulta interesante destacar, a este respecto, que Zúñiga, en la misma línea de Aldunate, señala que "[l]a Constitución estatal no le confiere a los tratados internacionales jerarquía o competencia en el derecho interno, sino que aplicación preferente, como consecuencia anómala de reglas de derecho interna-

³³² MALANCUK (1997), p. 64.

³³³ «Il est constant que la France ne saurait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales». Cour Permanente de Justice Internationale: *Affaire des Zones Franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*. Arrêt du 7 juin 1932. Série A/B, N° 46, p. 167; MALANCUK (1997), p. 64.

³³⁴ "The purpose of Article 27 was to reiterate that international law has priority over domestic law in the sphere of international law". FUENTES (2008), pp. 483-505, especialmente, p. 490.

³³⁵ CONTESE, Jorge: "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", p. 4. Disponible en <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contese_CV_Sp_20130401.pdf> [visitado el 25/4/2017].

³³⁶ MALANCUK (1997), p. 64.

³³⁷ ALDUNATE (2010), pp. 185-210, especialmente, p. 190.

cional común, como las reglas *pacta sunt servanda* y *bona fides*.³³⁸ Entendemos que Zúñiga cuando dice reglas de derecho internacional común quiere decir de “derecho internacional general”. Estos dos principios, propios del ámbito de la observancia de los tratados, se encuentran recogidos en el artículo 26 de la CVDT, el cual se encuentra irrefragablemente unido, conectado y relacionado con el artículo 27 de la misma Convención.³³⁹ Todos estos argumentos de los autores hacen surgir la siguiente pregunta: ¿El deber de dar cumplimiento efectivo a las obligaciones internacionales tiene relación con la forma de incorporación de las obligaciones internacionales o con la jerarquía de dichas obligaciones en el orden jurídico interno? Nos parece que son cosas distintas que se (*con*)funden todas en la argumentación antes mencionada de la doctrina.

En efecto, lo más importante es recalcar que el control de convencionalidad, uno de cuyos fundamentos es el artículo 27, no se refiere (A) ni a la incorporación del derecho internacional al derecho interno (B) ni a la forma de operación del derecho internacional en el derecho interno, la cual incluiría el aspecto de la jerarquía y de su autoejecutabilidad o no. Estos dos aspectos son cuestiones independientes entre sí, y a su vez, son independientes del control de convencionalidad.³⁴⁰ En forma breve, el control de convencionalidad simplemente sostiene que si un Estado ha asumido una obligación internacional, el Estado, a través de sus órganos, debe velar por que se dé cumplimiento efectivo a dicha obligación. El artículo 26 permite fundar esta obligación porque dice que esta ejecución debe ser de buena fe y el artículo 27 también fundamenta la obligación porque señala que no pueden oponerse razones de derecho interno para no cumplir con la obligación internacional. Eso es todo, y no es menor. La autoejecutabilidad de los tratados es otra cuestión, es una cuestión separada del control de convencionalidad. Y la posición jerárquica de los tratados internacionales también es otra cuestión distinta y separada del control de convencionalidad. La autoejecutabilidad o no de los tratados internacionales y el rango jerárquico de los mismos forman parte del gran tema de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, y por cierto, están conectados con el control de convencionalidad. Pero estos dos aspectos no forman parte directamente de la doctrina sobre la obligatoriedad del control de convencionalidad.

Dicho de otro modo, las normas contenidas en los artículos 26 y 27 de la CVDT –más aquellas mencionadas en los artículos 1 y 2 de la CADH– son el fundamento de derecho positivo del deber del Estado de adoptar medidas para

³³⁸ ZUNIGA (2012), pp. 387-447, especialmente, p. 435.

³³⁹ DUPUY et KERBRAT (2016), p. 326.

³⁴⁰ En el contexto de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, sobre la distinción entre la cuestión de la incorporación del derecho internacional y aquella de la autoejecutabilidad de los tratados internacionales, *vid.* JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1988), pp. 25-41.

dar efectividad a las obligaciones convencionales. Si el Estado ha asumido una obligación, debe cumplirla de buena fe. Y, esto es especialmente relevante cuando estamos frente a obligaciones internacionales de derechos humanos cuyo cumplimiento natural corresponde realizarlo en el orden interno de los Estados.³⁴¹ Si el Estado ha ratificado el tratado internacional y lo ha incorporado siguiendo los procedimientos establecidos en el ordenamiento nacional, entonces el Estado tiene la obligación de darle cumplimiento efectivo en el orden jurídico interno.³⁴² Una actuación de buena fe por parte del Estado implicaría que no debería invocar su orden jurídico interno como justificación para no dar cumplimiento efectivo a las obligaciones convencionales y, además, desde el punto de vista de las obligaciones positivas, que debería velar por dicho cumplimiento efectivo. Esta obligación del Estado en el ámbito jurídico interno existe, aun si la norma internacional es no autoejecutable o bien si se le asigna un rango jerárquico inferior a la ley ordinaria, porque estas dos últimas cuestiones son independientes de las obligaciones que emanan de los artículos 26 y 27 de la CVDT y de la vigencia interna del tratado una vez que ha sido incorporado. Incluso si el tratado internacional no es autoejecutable, los órganos del Estado están obligados a darle efectividad a las obligaciones en él contenidas, y esto comprende a los jueces. En efecto, el juez nacional, frente a un tratado no autoejecutable, podría, con todo, tomarlo en consideración para interpretar la norma interna conforme al objeto y fin del tratado internacional.³⁴³

Si aceptamos que el control de convencionalidad simplemente sostiene que si un Estado ha asumido una obligación internacional los jueces nacionales deben velar por que se cumpla y entendemos que estas obligaciones internacionales dicen relación con derechos humanos, luego, es posible preguntarse qué dificultades pueden surgir en el derecho interno. Como hemos visto, Fuentes propone dos: la cuestión de la autoejecutabilidad y la del rango jerárquico. Frente a esto, Castilla, por ejemplo, propone la siguiente solución: “Si lo que importa es la protección de la persona, el origen de la norma y su interpretación es secundario, lo importante es que sin importar dónde fue creada ni quien la interprete, se aplique la que más y mejor asegure la configuración en la realidad de todos los derechos humanos”.³⁴⁴

³⁴¹ SOMA (2008), Vol. 16, pp. 313-342; SASSOLI (1987), Vol. 43, pp. 24-61.

³⁴² «Le devoir du juge interne d'appliquer les traités est fondé d'une part, sur une exigence internationale, celle qui se déduit de l'obligation d'exécution incombant à son État national dont il est l'organe. D'autre part, cette application s'intègre normalement dans la mission générale de «dire le droit», car une fois introduit dans l'ordre interne, le traité, comme la constitution, les lois, les règlements, les actes contractuels ou unilatéraux, pénètre dans l'ordonnement juridique que le juge a le devoir naturel de garantir et de mettre en œuvre. C'est pourquoi, le principe de l'application des traités par les juges internes est universellement reconnu et respecté». DAILLIER, FORTEAU, et PELLET (2009), p. 258.

³⁴³ FOCARELLI (2015), p. 218; DAILLIER; FORTEAU et PELLET (2009), 8^e édition, p. 311.

³⁴⁴ CASTILLA (2011), pp. 593-624, especialmente, p. 624.

En esta misma línea, Bidart Campos alude al principio *pro homine*, el cual “indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma –internacional o interna–”.³⁴⁵ Dulitzky, por su parte, haciendo alusión a una idea ya consagrada en el derecho internacional de los derechos humanos –el principio de integración–, sostiene que “de hecho, la propia Convención [Americana sobre Derechos Humanos] autoriza al derecho interno a prevalecer sobre la Convención si la norma nacional proporciona una protección más amplia”.³⁴⁶ La propia Corte IDH ha sostenido que la interpretación acorde con el sistema de derechos humanos, de acuerdo con el artículo 31.1. de la CVDT es la interpretación *pro homine*.³⁴⁷ En otras palabras, en la búsqueda, por parte del derecho interno, de la adecuada articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, no se requiere necesariamente recurrir a la jerarquía formal del derecho interno.³⁴⁸ Pero esto será objeto de análisis en un próximo estudio.

1.4. Los artículos 1 y 2 de la CADH

Así como existen autores que niegan que la CVDT sea el fundamento de derecho positivo para sostener la obligación de proceder al control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales, del mismo modo, existen autores que niegan que el fundamento de dicho control se encuentre en la CADH.³⁴⁹ En este sentido, Silva Abbot niega que exista una obligación convencional de realizar el control de convencionalidad. De este modo, este autor señala que “[d]esde el punto de vista internacional, para cumplir con el principio de legalidad, el control de convencionalidad interno debiera estar establecido expresamente en la Convención Americana (sobre todo si se toma en cuenta su enorme importancia), cosa que evidentemente no ocurre; y aunque para cierta doctrina se encontraría implícito en ella, resulta claro que su origen y desarrollo –al parecer aún inconcluso– ha sido jurisprudencial, según se ha dicho. Y, además, esta cláusula tendría que haber sido aceptada expresamente por los Estados, o al menos de manera tácita, al no

³⁴⁵ BIDART (2000), p. 13.

³⁴⁶ DULITZKY (2015), pp. 45-93, especialmente, p. 63.

³⁴⁷ Corte IDH: *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N° 109, par. 173; REY CANTOR (2008), pp. 225-262.

³⁴⁸ Esta idea en ocasiones ha sido admitida por los órganos jurisdiccionales internos. *Vid.*, por ejemplo, Corte Constitucional italiana, sentencia N° 223 del 2014; REY CANTOR, 2008, pp. 225-262; SEPULVEDA (2008), pp. 263-289, especialmente, p. 282.

³⁴⁹ FUENTES (2008), pp. 483-505, especialmente, pp. 488-489; CASTILLA (2013), pp. 51-97, especialmente p. 81.

formular alguna reserva a su respecto, cosa que evidentemente no ha ocurrido, al no existir dicha cláusula”.³⁵⁰

Por su parte, Contesse lo señala claramente cuando indica que “la Convención Americana no contiene norma alguna que obligue a los jueces domésticos a llevar adelante este tipo de control”.³⁵¹ En esta misma línea, se sitúan con fuerza Fuentes y Castilla.³⁵² Asimismo, Iníiguez adelanta sus dudas acerca de que el control de convencionalidad esté establecido expresamente en la Convención o si más bien se trataría de una creación de un tribunal internacional, decantándose finalmente por sostener que éste habría sido “creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*”.³⁵³ En el mismo sentido, Henríquez afirma que el control de convencionalidad, sería “impuesto al Estado de Chile por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano vs. Estado de Chile*, de 2006”.³⁵⁴ En una línea muy similar, Paúl se refiere a la doctrina “poco convencional” del control de convencionalidad y afirma que contraviene “normas tradicionales del derecho internacional”.³⁵⁵ Asimismo, Dulitzky niega la existencia de cualquier base convencional para sostener el control de convencionalidad y, por cierto, ella no puede encontrarse en el artículo 1 ni en el artículo 2 de la CADH. E, incluye, una expresión que puede servir a determinar cuál es su idea del control de convencionalidad, cuando manifiesta que “desde el texto de la Convención no se puede derivar nada sobre cómo la Convención debería ser incorporada en el derecho interno ni si debería tener un determinado nivel jerárquico en el sistema jurídico interno”.³⁵⁶ Como hemos mencionado, cabe aquí preguntarse si efectivamente la fórmula del control de convencionalidad algo dice sobre la forma de incorporación del derecho internacional al derecho interno o acerca de la jerarquía de los tratados en el derecho interno. Nos parece que no.

³⁵⁰ SILVA (2016), pp. 101-142, especialmente, pp. 106-107.

³⁵¹ CONTESSE, Jorge: “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 4. Disponible en <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf> [visitado el 25/4/2017].

³⁵² *Vid.* FUENTES (2008), pp. 483-505. En el mismo sentido, CASTILLA (2013), pp. 51-97.

³⁵³ INÍGUEZ (2014), pp. 381-394.

³⁵⁴ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam: “Control de convencionalidad en el Sistema Interamericano. Más dudas que certezas”, en *Diario Constitucional*, 19 de mayo de 2012. Disponible en <<http://diarioconstitucional.cl/articulos/control-de-convencionalidad-en-el-sistema-interamericano-mas-dudas-que-certezas/>> [visitado el 24/5/2017]; Reiterado en HENRÍQUEZ VIÑAS (2012), pp. 249-259. Reiterado en HENRÍQUEZ VIÑAS (2014), pp. 113-141.

³⁵⁵ PAÚL (2013), pp. 303-345, especialmente p. 316.

³⁵⁶ DULITZKY (2015), pp. 45-93, especialmente p. 53.

Además, Mejía también se ubica dentro de los que niegan la existencia de una fuente convencional para realizar el control de convencionalidad. Claro que Mejía centra su argumentación en lo que se denomina el control de convencionalidad internacional.³⁵⁷ Russowsky, siendo defensora de la doctrina del control de convencionalidad, también considera que dicho control es el fruto de una creación jurisprudencial.³⁵⁸ Incluso, un público partidario del control de convencionalidad, Sagiés, ha afirmado que “[e]n rigor de verdad, la obligación de los jueces locales de inaplicar el derecho doméstico opuesto al Pacto, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no emerge de ningún artículo del mismo”.³⁵⁹

Tomemos como ejemplo la afirmación de Silva Abbot quien indica que “el control interno [de convencionalidad] ha tenido un origen jurisprudencial (puesto que no se encuentra contemplado en la Convención)”. Esta afirmación requiere ser examinada. Ya hemos dicho que si lo que pretenden estos autores es encontrar en la CADH un artículo que se titule control de convencionalidad, por cierto, no lo hay. Pero ello no significa que el Estado no tenga la obligación convencional de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en su ámbito interno y de implementar totalmente las obligaciones que emanan del tratado con el fin de darles efecto a las mismas en la esfera interna de los Estados, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la CADH.

El uso de la expresión en el ámbito americano y la formulación precisa de esta doctrina, ha sido una elaboración de los jueces interamericanos, aun cuando, no muy original, toda vez que este ya existía en ordenamientos europeos. Pero el fundamento de este control se encuentra en normas convencionales. Nosotros hemos sostenido que el control de convencionalidad expresa una obligación que proviene desde el derecho internacional. Así, podemos mencionar, al menos, como fuente, los artículos 1 y 2 de la CADH y los artículos 26 y 27 de la CVDT de 1969. Silva Abbot cita al profesor Aguilar para apoyar su aserto de que el control interno “no se encuentra contemplado en la Convención”, en circunstancias que en el texto aludido en la nota, Aguilar afirma claramente que “[e]sta práctica judicial [de realizar un control de convencionalidad], no sólo apunta en la dirección correcta para la debida protección de los derechos humanos sino que además cumple con las obligaciones convencionales que el Estado de Chile ha contraído”.³⁶⁰ En concordancia, la propia Corte IDH ha sostenido que “con base en el control de

³⁵⁷ “La Corte carece de poder para llevar adelante un control judicial, ya que ni el artículo 2 de la Convención Americana, puede servir como base jurídica para dicho control ni ninguna otra disposición de la Convención establece los fundamentos para tal control”. MEJÍAS-LEMONS (2014), pp. 117-151, especialmente p. 120.

³⁵⁸ RUSSOWSKY (2012), pp. 61-96.

³⁵⁹ SAGIÉS (2013), pp. 993-1030, especialmente p. 996.

³⁶⁰ SILVA (2016), pp. 101-142, nota 3; AGUILAR (2012), pp. 717-750, especialmente, p. 727.

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”.³⁶¹

Adicionalmente, Contesse afirma que resulta llamativo “que hayan tenido jueces domésticos pesa la obligación de inaplicar leyes por el uso directo de la Convención Americana. El fundamento de esta obligación, sostiene la Corte (...), radica en el deber que tienen los Estados de cumplir los tratados internacionales “de buena fe” (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), así como la prohibición que tienen los Estados de “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, prohibición contenida en el artículo 27 de la misma Convención de Viena”.³⁶² En cambio, Brewer Carías parece sostener que la Corte IDH no ha descubierto ni creado nada nuevo con el control de convencionalidad “por tanto, lo que realmente es nuevo, ha sido por una parte, la afortunada acuñación de un término como ha sido el de ‘control de convencionalidad’”.³⁶³ Asimismo, Ferrer otros, en los artículos 1.1 y 2 de la CADH.³⁶⁴ En la misma línea se encuentran Nogueira, Hitters, Rey Cantor, Núñez, Nash, Olano, etc.³⁶⁵ En el caso de Tello, encuentra sustento en la Convención, pero no la alusión a la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, “querer extender a la jurisprudencia de la Corte IDH la misma autoridad que detenta la letra de la CADH parece no encontrar fundamento en este control de convencionalidad que, en estricto sentido, prevé el art. 2º”.³⁶⁶ En

³⁶¹ Corte IDH: *Caso Atala Riffó y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, para. 284.

³⁶² CONTESSE, Jorge: “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 4. Disponible en <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf> [visitado el 25/4/2017].

³⁶³ BREWER Carías, Allan R. “El Control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos”. Disponible en <<http://brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/1,%201,%201055%20%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENIONALIDAD%20por%20la%20Corte%20IDH%20Y%20LA%20INSTITUCI%C3%93N%20DEL%20AMPARO,%2018%20sept.%202012.doc>> [visitado el 25/4/2017].

³⁶⁴ FERRER MAC-GREGOR POISOT (2011), pp. 531-622, especialmente, p. 564.

³⁶⁵ NOGUEIRA (2015), pp. 321-381; HITTERS (2009), pp. 109-128; REY CANTOR (2008), pp. 225-262; NÚÑEZ DONALD (2015); NÚÑEZ (2015b), pp. 157-169; NASH (2013), pp. 489-509; OLANO (2016), pp. 61-94.

³⁶⁶ TELLO MENDOZA (2015), pp. 197-220, especialmente p. 203.

un sentido similar, Bianchi, refiriéndose únicamente a la jurisprudencia de la Corte IDH, sostiene que no existe, de acuerdo con la CADH, una obligación del Estado de velar por el respeto de la jurisprudencia de la Corte IDH.³⁶⁷

Tal como mencionamos precedentemente, la Corte IDH ha sostenido que todos los Estados parte en la CADH, en virtud de las obligaciones contraídas en este tratado internacional, deben efectuar un control de convencionalidad de las normas. Así, el control de convencionalidad se funda en las obligaciones que generan para los Estados parte los artículos 1 y 2 de la CADH. En efecto, el artículo 1.1 de la CADH, ubicado en el capítulo relativo a los deberes de los Estados, se refiere a la obligación de respeto y garantía de los derechos reconocidos en la Convención.³⁶⁸ Complementa esta disposición el artículo 2 de la CADH, relativo a la adopción de medidas internas destinadas a la adecuación del derecho nacional al derecho internacional, el cual ocupa una posición crucial en la arquitectura interamericana de derechos humanos.³⁶⁹ El mencionado artículo 2 dispone: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". En oposición a esta posición, Silva Abbot afirma que "aun cuando algunos autores consideren que el control de convencionalidad ya era una realidad desde antes del Caso Almonacid, o incluso que ha existido siempre de manera implícita, fundamentándolo sobre todo en los arts. 1.1, 2, 25 y 29 de la Convención Americana y en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, debe recordarse que mucha doctrina reconoce que dicho control no se encuentra establecido en el Pacto de San José, siendo su origen jurisprudencial".³⁷⁰

En este contexto, conviene revisar someramente la historia de este precepto convencional. Así, ¿cuál fue la posición de Chile respecto de esta disposición? El

³⁶⁷ BIANCHI, Alberto B.: "Una reflexión sobre el llamado 'control de convencionalidad'", en La Ley 2010-E, 23/9/2010. Disponible en <http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Bianchi_Control_de_Convencionalidad_LL_2010.pdf> [visitado el 25/4/2017].

³⁶⁸ "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano". CADH suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

³⁶⁹ Cfr. GAMARRA (2015-2016), pp. 124-146.

³⁷⁰ SILVA (2016), pp. 101-142, especialmente, p. 105.

Estado de Chile apoyó y estimuló desde un primer momento la inserción de un artículo como la que contiene actualmente el artículo 2 de la CADH.

En efecto, en las Observaciones del Gobierno de Chile al Proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 26 de septiembre de 1969, se sostiene textualmente lo siguiente:

"1. Cabe señalar, en primer término, que no parece conveniente la eliminación de una disposición análoga a la establecida en el artículo 2, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el cual expresa:

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

Si bien en general podría ser efectiva la afirmación hecha por el Relator Dr. Dunshee de Abranches en el documento 18 de la Comisión, en el sentido que en los Estados Americanos las disposiciones de los tratados "se incorporan" al derecho interno en virtud de la ratificación, no es menos cierto que en varios casos habrá que adoptar medidas de orden interno para hacer efectivos los derechos, especialmente en los casos en que el propio texto del proyecto así lo indica, en términos tales como: "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo" (art. 16); o "la ley reglamentará la forma..." (art. 17); y otras semejantes. La argumentación de que la inclusión de esta cláusula en la Convención Interamericana podría justificar la alegación de un Estado en el sentido de no estar obligado a respetar uno o más derechos no contemplados en su legislación interna, no se sostiene dentro de los términos del proyecto; y menos aún si su alcance queda expresamente establecido durante la Conferencia".³⁷¹

Como se puede apreciar, el Estado de Chile apoyaba la inclusión de una norma relativa a la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno como un mecanismo para asegurar la aplicación efectiva de las normas protectoras de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados. Una norma similar se encontraba ya contemplada en el artículo 2 del PIDCP de 1966. Por ello René Cassin ya advertía el 10 de noviembre de 1969 que "[y]a que los Estados americanos deben redactar una convención regional posterior a los Pactos universales en vías de ratificación, las precauciones que deben tomarse son también indispensables aunque mucho menos estrictas".³⁷² Cabe recordar que el artículo 2 del PIDCP señala, en lo pertinente, lo siguiente:

³⁷¹ OEA: *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. Actas y Documentos. San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Doc. OEA/Ser.K/XVII/1.2, p. 38.

³⁷² OEA: *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. Actas y Docu-

"Artículo 2:

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

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

3. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".³⁷³

Esta propuesta fue respaldada por varios Estados, como Argentina y Estados Unidos. Es cierto que en el caso de Estados Unidos, hizo una declaración a este respecto vinculando más bien la propuesta con los medios de incorporación de los tratados en el derecho interno y con el carácter autoejecutable o no autoejecutable de los tratados internacionales.³⁷⁴ A este respecto, bien vale la pena tener presente la

mentos. San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 154.

³⁷³ La cursiva es nuestra.

³⁷⁴ "Declaración de EE.UU. sobre el artículo I.b. Efectos Legales. Quisiera decir unas palabras acerca del Artículo I.b, que fue propuesto por Chile y cuenta con el apoyo del Ecuador. Reza así: "Si no se hubiese ya dispuesto por ley u otras medidas existentes, cada Estado Parte en esta Convención se compromete a tomar las medidas oportunas, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, para dictar las disposiciones legislativas o de otra índole que fueren necesarias a fin de hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención".

Los Estados Unidos convienen en que este artículo debe incluirse en el proyecto de Convención puesto que ayuda a aclarar el efecto legal que tiene la ratificación en las leyes nacionales de las partes respectivas. El artículo es lo suficiente flexible para que cada país pueda poner en ejecución el tratado de la mejor manera posible y en forma consecuente con su práctica nacional. Algunos países

discusión que se tuvo con relación al artículo 2 del PIDCP, el cual sirvió de inspiración para el Proyecto de CADH, ya que, *grosso modo*, el argumento esgrimido en el debate del PIDCP lo reiteró en la discusión de la CADH. En este caso, Estados Unidos también basó su propuesta en los diferentes modos de incorporación del derecho internacional al derecho interno en los distintos países. Con todo, sus propuestas fueron rechazadas y se adoptó el texto del artículo 2 del PIDCP que conocemos. La argumentación de Filipinas es ejemplificadora:

"La delegación de Estados Unidos desea que todos los países se ubiquen en un mismo pie a este respecto. [...] La última frase que se pretende enmendar por Estados Unidos, de acuerdo con la cual un Estado asumió la obligación de adoptar las necesarias medidas legislativas para dar efecto a los derechos contemplados en el Pacto, debe ser conservada, ya que se refería a medidas de implementación tales como la introducción de penas por la violación de ciertos derechos, pero esa cuestión era muy diferente de aquella de la incorporación del Pacto en el derecho interno".³⁷⁵

En íntima concordancia, el Comité de Derechos Humanos, esto es, el órgano autorizado por los Estados para interpretar el PIDCP y velar por su cumplimiento, ha señalado en su Observación General N° 31 de 2004, relativa a la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto (artículo 2), lo siguiente:

"Las obligaciones que imponen el Pacto en general y su artículo 2 en particular vinculan a cada Estado Parte en su totalidad. Todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango —nacional, regional o local— están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado Parte. El poder ejecutivo que por lo común representa al Estado Parte en el plano internacional, señaladamente ante el Comité, no puede aducir el

pueden optar por hacer que los artículos del tratado entren directamente en vigor como ley nacional, y este artículo les permitiría lograrlo. Los comentarios de Chile sugieren que su propia práctica puede variar según el texto de cada artículo. Otros pueden preferir depender únicamente de la ley nacional para poner en ejecución los artículos del tratado. En los Estados Unidos interpretaríamos este artículo como una autorización que se nos da para seguir el último de estos cursos en el caso de materias comprendidas en la Parte I, las porciones sustantivas, del proyecto de Convención. Eso nos permitiría referirnos, cuando proceda, a nuestra Constitución, a nuestra legislación nacional ya existentes, a las decisiones de nuestros tribunales y a nuestra práctica administrativa en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la Convención. También significará que podremos formular cualquier legislación necesaria en términos que de inmediato y claramente puedan incluirse en nuestros códigos nacionales. En otras palabras, los Estados Unidos no tienen la intención de interpretar los artículos de la Parte I del tratado en el sentido de que tienen aplicación por sí solos". OEA: *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos*. San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 148.

³⁷⁵ Commission on Human Rights: *Draft International Covenant on Human Rights*. Doc. E/CN.4/SR.125, p. 7; BOSSUYT (1987), p. 62.

hecho de que un acto incompatible con una disposición del Pacto ha sido realizado por otro poder público para tratar de liberar al Estado Parte de responsabilidad por el acto y de la consiguiente incompatibilidad. Esta interpretación se desprende directamente del principio enunciado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en virtud del cual un Estado Parte "no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Si bien el párrafo 2 del artículo 2 permite que los Estados Parte hagan efectivos los derechos reconocidos en el Pacto con arreglo a los procedimientos constitucionales internos, se desprende del mismo principio que los Estados Parte no pueden invocar las disposiciones de su derecho constitucional ni otros elementos del derecho interno para justificar el incumplimiento o la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado".³⁷⁶

El artículo 2 del PIDCP alude al deber del Estado de adoptar "las disposiciones legislativas o de otro carácter" y el artículo 2 de la CADH se refiere a la obligación de adoptar "las medidas legislativas o de otro carácter", necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el respectivo instrumento. ¿Qué tipo de medidas? El CDH indica en este sentido que

"[e]n el artículo 2 se dispone que los Estados Parte adoptarán las medidas legislativas, judiciales, administrativas y educativas y demás medidas que sean apropiadas para cumplir con sus obligaciones jurídicas. El Comité considera importante que se difunda más el conocimiento que tengan del Pacto no sólo los funcionarios públicos y los agentes estatales, sino también la población en general".³⁷⁷

Por último, ¿qué tipo de obligación emana del artículo 2 párrafo 2 del PIDCP? Según el Comité de Derechos Humanos: "La obligación consignada en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto no admite reservas y es inmediata. No se puede justificar el incumplimiento de esta obligación haciendo referencia a consideraciones de carácter político, social, cultural o económico dentro del Estado".³⁷⁸ Por otra parte, "tal como lo ha manifestado el Comité DESC en la Observación General N° 9, las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto deben considerarse teniendo en cuenta el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de

³⁷⁶ Comité de Derechos Humanos: *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*. Observación General N° 31: CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004. 80° período de sesiones. Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187ª sesión), par. 4.

³⁷⁷ Comité de Derechos Humanos: *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*. Observación General N° 31: CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004. 80° período de sesiones. Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187ª sesión), par. 7.

³⁷⁸ Comité de Derechos Humanos: *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*. Observación General N° 31: CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004. 80° período de sesiones. Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187ª sesión), par. 14.

los tratados, en el que se afirma que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".³⁷⁹ Complementando lo anterior, el Comité DESC, en su Observación General N° 12, insiste en el deber del Estado de garantizar en su derecho interno el acceso a un mínimo esencial.³⁸⁰

De esta manera se demuestra la coherencia de los principios contenidos en el artículo 1 y sobre todo, 2 de la CADH con el sistema universal de protección de los derechos humanos y sus instrumentos respectivos. El artículo 2 de la CADH se inserta dentro de una lógica de efectividad de los derechos reconocidos por el derecho internacional, cuyo cumplimiento, necesariamente, se produce en el ámbito interno de los Estados. Si los órganos del Estado, entre ellos, los jueces nacionales, no tuvieran la obligación de velar por el respeto y garantía de los derechos reconocidos al ser humano en el derecho internacional, ello implicaría desarticular la Convención, hacerla inefectiva, convertir tales derechos en meramente teóricos o ilusorios, lo cual conduce a un sinsentido.³⁸¹

En el caso del Proyecto de CADH, la disposición sugerida por Chile como párrafo segundo del artículo 1°, fue incorporada finalmente como un artículo 2°, nuevo, que, inicialmente, llevaría por título "efectos legales".³⁸² Luego, en la sesión plenaria, se acordó denominar al artículo 2° "Deber de adoptar disposiciones de

³⁷⁹ VALBUENA (2015), pp. 101-119, especialmente, p. 114; "Las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto deben considerarse teniendo en cuenta dos principios del derecho internacional: el primero, reflejado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, es que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". En otras palabras, los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte". Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N° 9*. La aplicación interna del Pacto. A. El deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno. Doc. N.U. E/C.12/1998/24, de fecha 3 de diciembre de 1998, par. 3.

³⁸⁰ "La principal obligación es la de adoptar medidas para lograr progresivamente el pleno ejercicio del derecho a una alimentación adecuada. Ello impone la obligación de avanzar lo más rápidamente posible para alcanzar ese objetivo. Cada uno de los Estados Parte se compromete a adoptar medidas para garantizar que toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción tenga acceso al mínimo de alimentos esenciales suficientes inocuos y nutritivamente adecuados para protegerla contra el hambre". Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N° 12* (20° período de sesiones, 1999). El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). Doc. N.U. E/C.12/1999/5, de fecha 12 de mayo de 1999, par. 14.

³⁸¹ «[L]’obligation générale de protection est donc une disposition qui vient rappeler aux Etats leur devoir d’exécuter leurs obligations conventionnelles de bonne foi et de rendre effectifs les droits de l’homme». PANOUSSIS (2007), pp. 427-461, especialmente, pp. 430-431.

³⁸² OEA: *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. Actas y Documentos. San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 295.

derecho interno”.³⁸³ Monroy Cabra ha sostenido respecto de la obligación contenida en el artículo 2 de la CADH que

“este artículo reconoce la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno reconocida en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, y en la doctrina y jurisprudencia internacional. La norma comprende la obligación del Estado de adaptar sus leyes a los preceptos del Pacto de San José de tal manera de armonizar su derecho interno con el derecho internacional contenido en la Convención”.³⁸⁴

La Corte IDH ha explicitado y desarrollado más profusamente el sentido del artículo 2 de la CADH. En este sentido, los jueces interamericanos han interpretado que el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana. Cuando el órgano legislativo falla en el cumplimiento de este deber, el órgano judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.³⁸⁵ Este asunto, como hemos mencionado, es una cuestión distinta a aquella de la aplicabilidad directa o autoejecutabilidad de los tratados.

Silva Abbot menciona que una de las consecuencias derivadas del control de convencionalidad sería que los jueces nacionales podrían proceder a declarar o, al menos, a identificar, la responsabilidad internacional del Estado en caso de disconformidad con la normativa doméstica. En efecto, Silva Abbot afirma que “la declaración de responsabilidad internacional del Estado es una función propia de los tribunales supranacionales, no de los nacionales, con lo cual nuevamente estarían cumpliendo una labor para la que no han sido investidos”.³⁸⁶ Pero lo cierto, es que nunca la Corte IDH ha solicitado esto de los tribunales nacionales al exigir realizar un control de convencionalidad. Los jueces nacionales sí podrían aludir a una eventual responsabilidad internacional del Estado, pero nunca declararla, porque eso corresponde a los tribunales internacionales.

Junto con considerar que la fuente de la obligación de proceder a realizar un control de convencionalidad por parte de los órganos internos de los Estados, especialmente por parte de los jueces nacionales, se encuentra en las normas internacionales mismas, esto es, artículos 1 y 2 de la CADH y los artículos 26 y 27 de la CVDT, también se debe tener en cuenta que el Estado adquiere obligacio-

³⁸³ OEA: *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. Actas y Documentos. San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Doc. OEA/Ser.KJ/XVII/1.2, p. 440.

³⁸⁴ MONROY (1981), pp. 21-63, especialmente, p. 24.

³⁸⁵ Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, pars. 121-123.

³⁸⁶ SILVA (2016), pp. 101-142, especialmente p. 110.

nes jurídicas respecto de las normas de un tratado internacional incluso desde el momento de la firma. En efecto, el artículo 18 de la CVDT de 1969 señala que el Estado que ha firmado un tratado debe evitar realizar actos que puedan frustrar el objeto y fin de dicho tratado.³⁸⁷ Ya hemos sostenido con anterioridad que existen tratados internacionales cuyo objeto y fin se entiende en su vocación de cumplimiento interno de las normas del mismo, tal como ocurre en su vocación de internacionales de derechos humanos. En consecuencia, si existen obligaciones para el Estado, por tanto, también para los jueces nacionales, con consecuencias en el ordenamiento interno de los Estados, desde el momento de la firma del tratado, *a fortiori*, con mayor razón, emanan obligaciones internacionales de cumplimiento interno para los Estados, una vez ratificado el respectivo tratado, sobre todo, tratándose de tratados internacionales de derechos humanos.

1.5. No está establecido en el derecho interno

Del mismo modo que algunos autores rechazan la existencia de normas de derecho internacional que fundamenten el control de convencionalidad, también parte de la doctrina afirma que no existe una norma de derecho interno, especialmente, en la Constitución, que establezca la obligación de los órganos del Estado de proceder a realizar un control de convencionalidad. Para que sea obligatorio debería estar establecido en el derecho interno, particularmente, en la Constitución. En la doctrina chilena, Zúñiga sostiene que “el control de convencionalidad carece de soporte real en un sistema de protección internacional regional, como el interamericano y carece de soporte constitucional en nuestro país, por lo que dicha doctrina no es de recibo”.³⁸⁸ Desde el punto de vista constitucional en Chile, nos parece interesante recordar, a propósito del control de convencionalidad, el artículo 54 N° 1 y el artículo 5 de la Constitución. Tan sólo recurriendo al método de interpretación gramatical y literal, el artículo 54 N° 1 de la Constitución señala, en lo que es pertinente, que los tratados internacionales incorporados en el orden jurídico interno no pueden ser enmendados o derogados por una norma de derecho

³⁸⁷ “18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o

b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente”. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

³⁸⁸ ZÚÑIGA (2012), p. 434.

interno. Esto significa que si hay conflicto, prevalece la norma internacional. Y por su parte, el artículo 5 inciso segundo indica que los órganos del Estado están obligados a respetar y promover los derechos de la persona humana contenidos en la Constitución como asimismo en los tratados internacionales ratificados y vigentes. ¿Este no es un soporte constitucional real para el control de convencionalidad en Chile? Con todo, propositivamente Zúñiga sugiere que una vía de solución a esta carencia sería incorporar en nuestro ordenamiento constitucional una norma similar al artículo 10.2 de la Constitución española lo que permitiría proporcionar soporte jurídico a la doctrina del control de convencionalidad. En este punto, sin dejar de reconocer el avance que representaría para nuestro ordenamiento constitucional la introducción de una norma de ese carácter, sí cabe recordar que el artículo 10.2 de la Constitución española opera en el ámbito más restringido de la interpretación de los derechos, no de su aplicación.

Existen ejemplos concretos, tanto en Europa como en América Latina, de casos de control de convencionalidad efectivamente realizados, lo cual no hace sino reforzar la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la doctrina del control de convencionalidad.³⁸⁹ De acuerdo con estos casos, la forma de concretar el control de convencionalidad es variopinta y ello depende de las distintas soluciones nacionales que se adopten, ya sea expresamente en la Constitución o por vía pretoriana. Y creemos que es bueno que la forma de poner en práctica el control de convencionalidad dependa de las distintas soluciones nacionales, porque ello respeta la libertad y la diversidad jurídica constitucional nacional. A este propósito, cabe aquí recordar que la formulación del control de convencionalidad por la Corte IDH siempre ha sostenido que el control de convencionalidad debe ejercitarse por los órganos del Estados, y los jueces, “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.³⁹⁰ En forma concordante, el artículo 2 de la CADH señala que la adecuación del orden interno al internacional debe producirse “con arreglo a sus procedimientos constitucionales”.

Es indudable que aquellos Estados cuya Constitución incluyen en su dispositivo una regla sobre la incorporación de los tratados internacionales y, además, la regla de la interpretación de los derechos humanos de conformidad a los tratados internacionales de derechos humanos, tienen mayor facilidad para realizar un control de convencionalidad en su orden interno. Usualmente también estas Constituciones consideran algún tipo de regla sobre la jerarquía de los tratados internacionales. En estos casos, el fundamento de base para justificar el control de convencionalidad se encuentra en la misma Constitución.

³⁸⁹ NOGUEIRA (2014), *im passim*; SALCEDO (2014), pp. 29-56.

³⁹⁰ Corte IDH: *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, para. 282.

En cambio, en aquellos Estados que no han incorporado en su Constitución disposiciones como las mencionadas en el párrafo anterior, pueden encontrar el fundamento del control de convencionalidad en la obligación internacional que emana del compromiso del Estado de dar cumplimiento efectivo a los tratados internacionales y de adecuar su derecho interno a las obligaciones internacionales voluntariamente adquiridas por el Estado.

El control de convencionalidad y el debate que él ha generado dejan en evidencia los esfuerzos que se realizan para ir acomodando en el orden estatal la interacción e interrelación, cada vez más intensa, entre diversos órdenes jurídicos. Como ha sido apuntado por la doctrina, el juez nacional se enfrenta en nuestros días a un orden jurídico plural.³⁹¹ En el mundo contemporáneo, el Estado no tiene el monopolio exclusivo de la creación del Derecho aplicable dentro de su jurisdicción. El control de convencionalidad es quizás una expresión más de la actual búsqueda de explicación y de ajuste —en la arquitectura jurídica estatal— de normas que tienen su origen en otro orden jurídico diverso del estatal y que lo penetran. El control de convencionalidad se convierte así en una respuesta por parte del juez nacional cuando se encuentra enfrentado a un orden normativo plural. Probablemente, en un futuro mediato estaremos examinando soluciones jurídicas que serán desarrolladas en los órdenes estatales para ir ajustando la estructura jurídica nacional a la aplicación de normas provenientes no ya solo del orden internacional, sino también del indígena, o —si progresan lo suficiente los procesos de integración latinoamericanos— del orden regional.

Es precisamente en este sentido que la Corte IDH ha desarrollado su doctrina del control de convencionalidad. En nuestra opinión, el control de convencionalidad refleja la creciente interacción a la que está sometido el juez nacional con las normas sobre derechos humanos.

2. ENFOQUE EN DERECHOS HUMANOS Y EFECTOS EN EL ROL DEL JUEZ NACIONAL

En esta parte, pretendemos abordar un examen somero, por una parte, entre el control de convencionalidad y la necesidad de asumir un enfoque de derechos humanos, y por otro lado, un sucinto análisis del juez nacional como juez de la convencionalidad.

³⁹¹ AGUILAR (2016), pp. 113-166; PRESHOVA (2013).

2.1. Control de convencionalidad y necesidad del enfoque de derechos humanos

Si aceptamos que el control de convencionalidad es el control realizado por un juez nacional acerca de la conformidad del derecho estatal con los tratados internacionales, consecuentemente, debiéramos incluir a la Constitución dentro del material jurídico sujeto a control, como parte integrante del derecho de producción nacional.³⁹² Desde una perspectiva estrictamente formal, esta hipótesis es difícil de ser aceptada puesto que lo que caracteriza al texto de la Constitución es su supremacía en el orden jurídico interno de los Estados y bajo esta fórmula de control de convencionalidad, pasaría a estar subordinada a los tratados internacionales. Ya hemos dicho con anterioridad que en esta parte no se aborda el tema de la jerarquía de los tratados internacionales.

La propuesta que aquí se pretende formular asume otro enfoque distinto al formalismo y requiere recordar la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Chile como del Tribunal Constitucional chileno, como se hará a continuación. Nuestra sugerencia es que la gran mayoría de las cuestiones derivadas del control de convencionalidad resultan más abordables de acuerdo con una visión unitaria del sistema de derechos humanos, como un bloque integral, siguiendo un enfoque material del derecho.³⁹³ De acuerdo con esta visión, las comunicaciones entre enunciados normativos e interpretaciones entre los órdenes jurídicos debieran ser fluidas y "los mejores argumentos sobre el sentido y alcance de los derechos que tenemos son los que debieran finalmente prevalecer, sin importar su precedencia".³⁹⁴ Como se ha sostenido, un aspecto de este enfoque lo encontramos en la jurisprudencia, aquella que se refiere directamente al valor de los derechos humanos o fundamentales.³⁹⁵

³⁹² "En el ámbito interamericano, la CADH se ha sobrepuesto a las constituciones nacionales, así como a toda norma infraconstitucional en un Estado, de tal suerte que todo el ordenamiento jurídico debe adecuarse, según el artículo de la CADH, a ésta, no obstante que esa norma convencional no expresa cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma". OLANO (2016), pp. 61-94, especialmente, p. 68.

³⁹³ En esta línea conviene recordar que Flores señala respecto de los derechos humanos que "éstos son concebidos no por el intelecto o sapiencia de los integrantes de la Asamblea General de las Naciones Unidas, son producto de la evolución histórica, cultural, política y filosófica de la modernidad, razón por la cual adquieren su universalidad, pues forman parte de la conciencia colectiva de los pueblos y las naciones de nuestra época". FLORES (2011), pp. 27-45, especialmente, p. 33.

³⁹⁴ CONTESSÉ, Jorge: "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", p. 15. Disponible en <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf> [visitado el 25/4/2017].

³⁹⁵ El Tribunal Constitucional chileno se ha referido a los derechos fundamentales, así como a los otros conceptos vertidos en las bases de la institucionalidad en la Constitución, como "principios sustanciales". Tribunal Constitucional chileno: *Requerimiento de Diputados acerca del proyecto de ley*

PARA LOS ESTADOS PARTE DE LA CADH

Por una parte, en el caso de la Corte Suprema, se ha indicado que "como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, "valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos" (S.C.S., 30.01.1996)".³⁹⁶

Por otra parte, en el conocido caso de Clodomiro Almeyda, el Tribunal Constitucional chileno explicita este enfoque material del derecho, colocando en el centro de su razonamiento constitucional los valores y principios fundantes del ordenamiento supremo chileno, *inter alia*, los derechos fundamentales que son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución. Los jueces constitucionales han expresamente señalado que "el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales, cabe señalar, por su íntima vinculación con el problema que se analiza, los siguientes: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual ésta no los crea sino que los "reconoce y asegura"; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección debiendo destacarse, en la especie, "la seguridad y certeza jurídica"; que el ejercicio de la soberanía que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".³⁹⁷ Y, a continuación agrega, que "estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución".³⁹⁸

que rebaja la tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas tributarias y económicas. Rol N° 280-98. Sentencia de fecha 20 de octubre de 1998. Considerando 12°.

³⁹⁶ Corte Suprema chilena: *Caso Molco*, Sala Penal. Rol N° 559-2004, de 13 de diciembre de 2006. Considerando 22°.

³⁹⁷ Tribunal Constitucional chileno: *Requerimiento formulado por el Ministro del Interior, en virtud del artículo 82 de la Constitución, para que se declare la responsabilidad del señor Clodomiro Almeyda Medina por infracción al artículo 8° de la Constitución.* Rol N°46-87. Sentencia de fecha 21 de diciembre de 1987. Considerando 19°.

³⁹⁸ Tribunal Constitucional chileno: *Requerimiento formulado por el Ministro del Interior, en virtud del artículo 82 de la Constitución, para que se declare la responsabilidad del señor Clodomiro Almeyda Medina por infracción al artículo 8° de la Constitución.* Rol N°46-87. Sentencia de fecha 21 de diciembre de 1987. Considerando 21°.

En consecuencia, el control de convencionalidad resulta más fácil de comprender si el foco de atención de este control se centra en los derechos fundamentales o humanos más que en el instrumento del tratado. Si se acepta este procedimiento, la discusión acerca de la jerarquía se ve desplazada por otro debate, aquel acerca de cuál es el mejor derecho. En este sentido, la discusión sería acerca de cuál es el derecho que mejor protege al ser humano o la solución más favorable para el ser humano. Así, la obligatoriedad del control de convencionalidad no implicaría hacer primar, en un caso dado, al tratado internacional por sobre la ley o la Constitución, si no, más bien, la obligatoriedad consistiría en hacer primar el mejor derecho para el individuo, donde quiera que este se encuentre alocado. Esto último exige una actitud mucho más demandante para el juez nacional e impone un estándar de actuación mucho más elevado. En efecto, la argumentación del juez se vería obligada a mostrar un razonamiento mucho más profundo, no formal sino material, acerca de por qué en dicho caso, en concreto, la solución que adopta es la más adecuada.

Contemporáneamente, por tanto, se podría sostener que la ley no expresará la voluntad general más que en el respeto de la Constitución y de los derechos humanos.³⁹⁹ Por esta precisa razón, del mismo modo que debe haber un control de constitucionalidad para que las normas infraconstitucionales estén conformes con la Constitución, también debería haber un control de convencionalidad de manera que las normas infraconstitucionales y constitucionales cumplan con un estándar mínimo de protección de derechos, tradicionalmente garantizado en los tratados internacionales.⁴⁰⁰

2.2. El juez nacional como juez de la convencionalidad

El control de convencionalidad es el control realizado por un juez nacional acerca de la conformidad del derecho estatal con los tratados y acuerdos internacionales.⁴⁰¹ Esto es importante porque este control no se reduce meramente a la

³⁹⁹ NOGUEIRA (2005), pp. 15-64.

⁴⁰⁰ "Tendo em vista a necessidade de haver um Controle de Constitucionalidade para que as normas infraconstitucionais estejam de acordo com a Constituição, também deverá ter um Controle de *Convencionalidade*, de modo que as novas normas infraconstitucionais também estejam de acordo com as normas supralegais, ou seja, os Tratados Internacionais". ASSIS DE ANDRADE (2009), pp. 157-175.

⁴⁰¹ "[A] referirse a un 'control de convencionalidad' la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. [...] De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos". Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia

CADH. Uno de sus fines es blindar al Estado de potenciales demandas ante la jurisdicción internacional por incumplimiento o violación de dichos acuerdos o tratados internacionales. El juez nacional se convierte así en el juez de la convencionalidad en el derecho interno.⁴⁰²

Más concretamente, tratándose de las convenciones internacionales de derechos humanos, el juez nacional emerge como el juez común de derechos humanos. De esta manera, el juez nacional –incluyendo el juez constitucional– tendría una responsabilidad primordial en inmunizar al Estado frente a una eventual responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos. En el caso del sistema interamericano de derechos humanos, haciendo un paralelo con el derecho europeo, se podría decir que el juez nacional, al cumplir con su obligación internacional de verificar la conformidad del acto a la CADH, se convierte en el juez interamericano de derecho común.⁴⁰³ En este caso, el juez nacional sería el juez de la convencionalidad y tendría por misión velar por el cumplimiento de la primacía de los derechos humanos.

En el ámbito de los derechos humanos, el derecho aplicable para los Estados que han ratificado la CADH es esta Convención (sin perjuicio de otros tratados internacionales de derechos humanos que el Estado haya ratificado), la Constitución nacional y su legislación de base. Todo juez, al resolver un caso, debe resolverlo conforme a Derecho. En la estimación del Derecho aplicable, el juez debe tomar en consideración todas estas fuentes normativas, en conjunto con los principios y valores que subyacen a estos instrumentos.⁴⁰⁴ Por lo tanto, se podría observar que siempre un juez debería efectuar un control de constitucionalidad y

de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, par. 2.

⁴⁰² DUBOUT, Edouard: "De la primauté 'imposée' à la primauté 'consentie'-Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe", *Docteur en Droit public, CREDHO-Rouen*, p. 18. Disponible en <<http://www.afdc.fr/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acceso el 22 nov. 2011.

⁴⁰³ "C'est pourquoi, la primauté du droit communautaire, et c'est là sa spécificité, doit être considérée non pas seulement comme une règle de conflit de normes, mais aussi comme une norme autonome d'*habilitation* au profit du juge interne. Elle génère alors un dédoublement fonctionnel des compétences de celui-ci, parfois qualifié pour cette raison de 'juge communautaire de droit commun'". La expresión es utilizada por el juez de primera instancia, TPICE, 10 juillet 1990, *Terra Pack Rausing SA c/ Commission*, aff. T 51/89, *Rec.*, p. II-309, spéc. point 42; DUBOUT, Edouard: "De la primauté 'imposée' à la primauté 'consentie'-Les incidences de l'inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe", *Docteur en Droit public, CREDHO-Rouen*. Disponible en <<http://www.afdc.fr/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acceso el 22 nov. 2011.

⁴⁰⁴ "En el ámbito interamericano, se está logrando una convergencia creciente, marcada por una comunidad de valores e ideales centrados en el respeto a la democracia, a los derechos humanos

de convencionalidad ya sea directamente o promoviendo las instancias previstas para realizar tales controles.

El Estado sigue siendo una pieza clave en el mosaico del sistema internacional e interamericano de protección de los derechos humanos. En este contexto, la jurisdicción internacional tiene un carácter subsidiario de la jurisdicción estatal. Con todo, se debe clarificar que el objeto y fin del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es establecer un sistema complementario y coadyuvante de las jurisdicciones nacionales.⁴⁰⁵ Esta es la propia tradición del derecho americano. El principal actor en el respeto y cumplimiento de los derechos humanos es el Estado, a través de sus diversos órganos.⁴⁰⁶ Por lo tanto, el juez nacional juega un rol fundamental en el respeto y garantía de los derechos humanos, incluyendo los derechos reconocidos en instrumentos internacionales. Por ello, lleva razón García Ramírez cuando asevera con gran claridad que “la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”.⁴⁰⁷ Por esta razón, el juez nacional –como juez de la convencionalidad– se erige como juez de derecho común de los derechos humanos.⁴⁰⁸ Se podría sostener que aquí operaría respecto del juez nacional una especie de lo que la doctrina y la justicia europea denominan el desdoblamiento funcional de sus competencias.⁴⁰⁹ Scelle alude a la

y a la necesidad de construir sociedades más justas y equitativas, donde prevalezca la paz, el bienestar y la seguridad para todos”. LAGOS (2005), pp. 309-335.

⁴⁰⁵ “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Preamble, Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969. [Cursiva es nuestra.]

⁴⁰⁶ “Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos”. Corte IDH: *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, par. 5.

⁴⁰⁷ Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 11.

⁴⁰⁸ RUSZOWSKY (2012), pp. 61-96, especialmente, p. 66.

⁴⁰⁹ Vid. SCHELLE (1932), pp. 43, 54-56, 217; (vol. II) (1934), pp. 10, 319, 450; CASSESE (1990), pp. 210-231; COUVEINHES (2005-2006), pp. 339-406; La expresión es utilizada por el juez

ley del desdoblamiento funcional.⁴¹⁰ Esto significa, en lo que aquí nos interesa, que el remedio frente a la insuficiencia de los órganos internacionales para velar por la aplicación del Derecho Internacional es el desdoblamiento de las funciones de los órganos del Estado, “que no solo cumplen funciones internas, sino también internacionales”.⁴¹¹

El núcleo duro de la discusión a propósito del control de convencionalidad se sitúa en el nivel jurídico y político interno y plantea, a los jueces nacionales principalmente, nuevos desafíos. Uno de estos es la determinación de entrar en un diálogo decidido con la jurisdicción internacional, principalmente de entrar en un interamericana.⁴¹² Además, se requiere una opción clara en cuanto a incorporar y trabajar cotidianamente con el derecho internacional de los derechos humanos, porque este ordenamiento debería ser un derecho de la vida diaria.⁴¹³ Con la noción de control de convencionalidad, los jueces nacionales, son propulsados plenamente –en el caso de Latinoamérica– en el orden jurídico instituido por la CADH y, eventualmente, en el orden jurídico del Mercosur o de cualquier otro subsistema jurídico regional que contenga o llegue a contener en el futuro normas convencionales internacionales cuya operacionalización deba realizarse en el nivel interno.⁴¹⁴ Esto último es una verdadera paradoja, aun cuando, en este contexto,

de primera instancia de la Comunidad Europea, TPICE, 10 juillet 1990, *Terra Pack Rausing SA et Commission*, aff. T 51/89, Rec., p. II-309, spéc. point 42.

⁴¹⁰ SCHELLE (1947-1948), pp. 101 y ss.

⁴¹¹ PASTOR (2003), p. 165.

⁴¹² A esto se refiere Erik Jayme. “El ‘diálogo de las fuentes’ significa, que decisiones de casos de la vida complejos son hoy la suma, la aplicación conjunta de varias fuentes (Constitución, Derechos Humanos, derecho supranacional y derecho nacional). Hoy no existe más una fija determinación del orden entre las fuentes, sino una acumulación de estas, una aplicación lado a lado”. JAYME (2000), pp. 289-293.

⁴¹³ “La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar”. Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 9.

⁴¹⁴ “Ciertamente, esos ‘estándares’ internacionales coinciden en muy amplia medida, o acaso totalmente, desde la perspectiva de las normas vigentes, con los propósitos y los mandamientos recogidos por los ordenamientos supremos nacionales, e incluso por gran parte de la legislación secundaria. Es preciso desplegar, por ende, la voluntad política y jurídica de los Estados que suprima de una vez las violaciones más frecuentemente observadas y acredite el ingreso a nuevas etapas en la tutela de los derechos fundamentales. De lo contrario, seguiremos encontrando los mismos hechos violatorios, exponiendo los mismos argumentos y emitiendo las mismas opiniones o resoluciones, sin que esto cale tan profundamente como debiera en la vida de nuestras naciones”. Corte IDH: *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de

un punto de confrontación concreto sigue siendo la decimonónica resistencia frente a la permeabilización de la *tout-puissante* soberanía nacional.

CONSIDERACIONES FINALES

El control de convencionalidad traduce la obligación convencional de los Estados de respetar y cumplir con la CADH y otros instrumentos internacionales de derechos humanos que el Estado haya suscrito y ratificado. El juez nacional, así como todo aquel llamado a administrar justicia en el orden interno de los Estados, se erige como un verdadero guardián de la CADH. De este modo, el juez nacional debería controlar que las normas internas estén conformes con la CADH, aplicando siempre el criterio de preferencia del estándar más alto de protección del ser humano.

En nuestra opinión, la doctrina del control de convencionalidad, tal como es planteada por la Corte IDH, simplemente tiene por objeto que los Estados den cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas al firmar y ratificar la CADH. En efecto, los artículos 1.1 y 2 de la referida Convención imponen a los Estados parte la obligación de adecuar su ordenamiento interno a las disposiciones de la Convención.⁴¹⁵ En este contexto, y reflejando las obligaciones que emanan del control de convencionalidad, el juez ad hoc Figueiredo Caldas ha afirmado que “[i]nclusive las Constituciones nacionales han de ser interpretadas o, si necesario, hasta (*sic*) enmendadas para mantener armonía con la Convención y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.⁴¹⁶

septiembre de 2004. Serie C N° 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, par. 9.

⁴¹⁵ “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁴¹⁶ Corte IDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C N° 219. Voto razonado del Juez Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas, par. 6.

Estas normas deben ser concordadas y armonizadas con los artículos 26 (buena fe) y 27 (imposibilidad de ampararse en el derecho interno para justificar incumplimiento de una obligación convencional) de la CVDT.⁴¹⁷ Junto con lo anterior, los Estados deberían considerar las obligaciones provenientes del derecho internacional general y una larga lista de jurisprudencia internacional.⁴¹⁸ Estos pronunciamientos jurisdiccionales han confirmado la obligación del Estado –y por

⁴¹⁷ “Artículo 26. ‘Pacta sunt servanda’. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; “27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

⁴¹⁸ Tribunal of Arbitration: The Alabama Claims (United States-Great Britain, Claims Arbitration, 14 september 1872, RIAA, Vol. XXIX, pp. 125-134; Tribunal Arbitral: El caso Montijo (Estados Unidos vs. Colombia), Laudo Arbitral de 26 de julio de 1875; PCIJ: Case of the S.S. Wimbledon, August 17, 1923, Third Session, Series A, N° 1; French-Mexican Mixed claims commission The Georges Pinson Case, France v. United Mexican States, Annual Digest 1927-1928, RIAA, case N° 4; “[...] un principio generalmente reconocido del derecho de gentes es que, en las relaciones entre las Partes Contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las de un tratado”. CIJ: Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, N° 17, p. 32; CPJI: Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1930, C.P.J.I., Series A, N° 24, en la p. 12; CPJI: Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Series A/B, N° 46 (1932), p. 96, en la p. 167; “[...] un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor”. CPJI: Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, N° 44, p. 24; CIJ Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO). Opinión Consultiva, 1988, pp. 12, a 31-2, par. 47; “Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia”. Corte IDH: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A N° 14, para. 35; *Vid.* EL-HAGE (2006), *in passim*.

cierto, de los jueces nacionales— de adecuar el orden jurídico interno al derecho internacional y, además, han llenado de contenido esta obligación.⁴¹⁹

⁴¹⁹ “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención”. Corte IDH: Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A N° 13, para. 26; Corte IDH: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A N° 14, para. 37; “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“*principe allant de soi*”). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados”. Corte IDH: *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N° 39, par. 68; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20.

CAPÍTULO IV

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

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los Estados parte del sistema interamericano deben asumir, más allá del Estado específico directamente obligado por la respectiva sentencia de acuerdo al artículo 68 numeral 1 de la CADH, la *ratio decidendi* o *holding* de la sentencia, en cuanto interpretación fidedigna y auténtica de la Convención emanada de su intérprete auténtico y final, la que debe entenderse incorporada a la norma interpretada. Si una disposición de derecho interno no se ajusta al estándar interpretativo de la Corte IDH, en la práctica, hay un incumplimiento de la obligación convencional de “adecuación” determinado en el artículo 2° de la CADH para otorgar un mínimo de efectividad al corpus iuris interamericano por falta de compatibilidad normativa. La cosa interpretada de las sentencias de la Corte IDH constituye así una medida preventiva que asegura el mínimo de efectividad de la CADH. Asimismo, el impacto de la cosa interpretada es un efecto que surge indirectamente de la intención existente de establecer un orden público tomando como instrumento la CADH.⁴²⁰

Facilita la eficacia general *con efectos de norma interpretada*, que tienen los fallos de la Corte IDH, el hecho de que la CADH que, en su artículo 69, establece que, el fallo, además de notificarse al Estado parte objeto de la controversia, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”, ello posibilita que los Estados parte tengan un conocimiento acabado del bloque convencional interpretado por la Corte IDH, como intérprete final del *corpus juris* interamericano, pudiendo los estados que han reconocido la jurisdicción de la Corte IDH, aplicar preventivamente los criterios jurisprudenciales que emanan de los fallos, con el objeto de evitar incurrir en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos.

Esta *res interpretata* debe ser seguida por los estados que no hayan sido partes en el caso concreto (vinculación relativa *erga omnes*), salvo que exista en el Estado Parte una interpretación en favor de los derechos de las personas que sea más

⁴²⁰ SÁNCHEZ AYALA (2014), p. 368.

amplia que la aplicada por la Corte IDH, todo ello conforme al principio *favor persona* (art. 29 b), CADH.⁴²¹

2. FUNDAMENTO DE LA COSA INTERPRETADA

La eficacia de cosa interpretada posibilita que los derechos asegurados convencionalmente se asienten en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. La Corte IDH en ciertas oportunidades ha utilizado la expresión “*cosa interpretada*” en su jurisprudencia, como en el caso *Gelman vs. Uruguay* de fecha 20 de marzo de 2013 en la supervisión del cumplimiento de la sentencia del mismo caso de 2011, en la que se alude a dicha categoría asumida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la doctrina científica europea.⁴²²

La *identidad de interpretación* depende de la identidad de *situaciones*, vale decir, unas mismas violaciones y la aplicación de regulaciones semejantes; siendo entonces una misma la razón para adoptar una decisión. Así la interpretación vinculante depende de la identidad de los *supuestos de hechos: violaciones y normas*.⁴²³

En tal perspectiva, una jurisprudencia estatal basada en el literalismo del artículo 68.1 de la CADH carece de sentido, como lo pudo constatar la CSJN en México, corrigiendo su posición jurisprudencial inicial, porque una *línea jurisprudencial interamericana se construye sobre varios Estados demandados y en diversos casos en que se desarrollan las mismas violaciones y concurren las mismas normas*; tampoco es razonable desde una lógica de economía procesal, pues supone asumir el riesgo de una sentencia de condena de la Corte IDH por violación de derechos humanos; *menos sentido tiene desde una garantía efectiva y colectiva de los derechos que es el objeto y fin de la CADH*.⁴²⁴

Debe señalarse que la interpretación convencional vinculante no es la tradicional *cosa juzgada* civil, ya que no demanda los tradicionales requisitos de la cosa

⁴²¹ En el mismo sentido ver SAIZ ARNAIZ (1999), p. 144. QUERALT (2008); GARCÍA RAMÍREZ, y ZANGHI (2012) pp. 461 y ss.; FERRER MAC-GREGOR (2013); CABALLERO (2013); SÁNCHEZ AYALA (2014), p. 361-362; HITTERS (2015), pp. 76 y 77; DE OLIVEIRA MAZZUOLI (2016), p. 42; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2016a), pp. 339-429; CILIA LÓPEZ (2016), p. 118; NOGUEIRA ALCALÁ (2017), pp. 65-85; ROBLEDO (2017), pp. 154-210. En sentido negatorio de la *res interpretata* ver MALARINO (2011), pp. 438-439. MACHADO (2017), pp. 356-375.

⁴²² GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ (2017), pp. 103. Ver también QUERALT JIMÉNEZ (2003) (2008) y (2009a).

⁴²³ GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ (2017), pp. 103-104.

⁴²⁴ SCJN, Pleno. 10 época. Gaceta del Semanario judicial de la Federación. Libro 5, abril 2014. Tomo I, p. 204. Tesis P/J 21/2014 (10). En una perspectiva coincidente, entre otros, puede verse CASTAÑEDA OTSU (2014), p. 100; NÚÑEZ DONALD (2016), p. 76. AGUILAR CAVALLO (2017b), pp. 179-180; CANGADO TRINDADE (2002), p. 10.

juzgada formal: la triple identidad de los sujetos, el objeto, el *petitum* y la *causa de pedir*. Asimismo la vinculación de la interpretación convencional de la Corte IDH posee unos efectos mayores: una eficacia general, abstracta y *erga omnes*.⁴²⁵ Sólo se aproxima a la autoridad de cosa juzgada *formal* en la idea de que frente a las sentencias de la Corte IDH no cabe recurso alguno. Pero, sobre todo, la interpretación de la sentencia de la Corte IDH entraña la *autoridad* de cosa juzgada *material* en su valor sobre el fondo del asunto: el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído una sentencia firme que tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional nacional en otros procesos.

El fundamento de esta eficacia general deriva de la seguridad jurídica, que reclama la certidumbre en el entendimiento de los derechos fundamentales, y la estabilidad de las relaciones jurídicas, con mayor razón en un sistema colectivo y multilateral cuya compleja unidad y coherencia interna deben mantenerse. Las sentencias convencionales producen el efecto de cosa juzgada *-res iudicata-*, y *res interpretata*.

La *cosa interpretada* debe entenderse, desde el derecho internacional, como la autoridad de la sentencia que desborda del caso concreto; como desde el derecho constitucional, como la adecuación de las jurisdicciones nacionales y de las autoridades que integran los poderes públicos nacionales a las interpretaciones de los derechos convencionales conforme a los estándares que se deducen de las sentencias de la Corte IDH, siendo un efecto inherente de dichas sentencias, especialmente cuando las vulneraciones de derechos tienen su origen directo en normas internas del Estado de carácter general y no en actos de implementación.

No es razonable y más bien constituye un absurdo que la Corte IDH condene a un Estado parte por realizar una conducta vulneradora de derechos humanos, por ejemplo aplicar amnistía a delitos de lesa humanidad, y que los demás Estados parte puedan seguir concretando la misma conducta, sólo por el hecho de que la sentencia no fue dirigida específicamente a ellos, al no ser partes en el caso. Si la Corte IDH ha determinado que una conducta es incompatible con el respeto y garantía de los derechos convencionales, ello afecta y debe ser aceptado por los demás Estados parte que se encuentran en idéntica situación. Como señala Remotti, “Igual sucede si la Corte ha realizado la interpretación de un derecho, sus formas de ejercicio, sus mecanismos de garantía, o se ha referido sobre el contenido y alcance de alguno de sus límites”.⁴²⁶

Tal perspectiva es común al sistema interamericano como al sistema europeo de derechos humanos.⁴²⁷

⁴²⁵ Ver HITTERS (2011), pp. 889-906.

⁴²⁶ REMOTTI (2004), pp. 291-292.

⁴²⁷ VELÚ (1985), p. 591; SAIZ ARNAIZ (1999), p. 143; BODNAR, A. (2013), pp. 223 y ss. HITTERS (2011); QUERALT JIMÉNEZ (2009a), pp. 229-255. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2013). FERRER

Un caso ejemplar en el sistema europeo de derechos humanos de aplicación de la cosa interpretada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Caso Del Río Prada vs España*), en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 21 de octubre de 2013 de la Gran Sala, determina vulnerados los derechos asegurados en los artículos 5 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al haber España aplicado retroactivamente una nueva línea jurisprudencial sobre el cómputo de beneficios penitenciarios (doctrina Parot), la cual había producido la ampliación en el cumplimiento de la pena de prisión, disponiendo el TEDH que se pusiera fin a la privación de libertad de la persona afectada en el plazo más breve posible. Dicha sentencia sólo tenía una forma de ser cumplida, la liberación de la demandante que se encontraba cumpliendo pena por delito de terrorismo. En tal caso, el Pleno de la Audiencia Nacional española en un Auto (Nº61/2013, de 25 de octubre) dictado en el *caso*, concluyó con la liberación de la persona reclusa que había demandado al Estado español, al día siguiente de haberse emitido la sentencia del TEDH, como asimismo, dos días más tarde en Auto Nº 62/2013, de 25 de octubre, considerando que la sentencia del TEDH tenía valor de *cosa interpretada*, extendió los efectos de la *sentencia del caso Del Río Prada contra España* a otros penados en la misma situación, comenzando a liberar otros presos de ETA en análoga situación que la recurrente, al haberse aplicado a todos ellos una interpretación retroactiva de la ley penal por el Tribunal Supremo declarada contraria al Convenio.⁴²⁸ Como no existía a la fecha procedimiento de cumplimiento de las sentencias del TEDH en el derecho español, la situación fue salvada por el Tribunal Supremo en dos acuerdos plenarios no jurisdiccionales de su Segunda Sala de 12 de noviembre de 2013 y de 21 de octubre de 2014, donde en el primero determinó los tribunales y las vías que debían utilizarse en dicha situación urgente, posibilitando que se ejecutara en forma similar a una *sentencia piloto*; en el segundo acuerdo, determinó que, en tanto no hubiera la expresa previsión legal del cauce específico se cumpliera tal cometido conforme al artículo 954 de la LECrim, que determina el recurso de revisión.⁴²⁹

La jurisprudencia del TEDH en este caso tuvo efectos también en el Reino Unido, donde la justicia británica puso en libertad provisional al etarra Troitiño, que era reclamado por la justicia española, por considerar que se encontraba en

MAC-GREGOR y QUERALI JIMÉNEZ (2017), pp. 136-137 y 148-149; GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ (2017), pp. 103-104; AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2017). LANDA ARROYO (2017), pp. 250-269. En una perspectiva crítica del valor de cosa interpretada de la sentencia de la Corte IDH, ver: MALARINO (2011a); VITOLO (2013); ALONSO TELLO MENDOZA, Juan (2015); CASTILLA (2016), pp. 74-93.

⁴²⁸ GARCÍA ROCA y NOGUEIRA ALCALÁ (2017), p. 79.

⁴²⁹ ARANGÜENA FANEGO y LANDA ARROYO (2017), p. 181. Ver también, RUIZ MIGUEL (2016), pp. 349-376 y 377-421. DÍAZ GRECO (2013), pp. 573-612.

situación idéntica a la de la Señora Del Río, asumiendo la cosa interpretada también del fallo del TEDH Del Río Prada contra España.⁴³⁰ Este es el modelo de cumplimiento de las sentencias del TEDH con valor de cosa interpretada al igual que las sentencias de la Corte IDH.

3. LA COSA INTERPRETADA HA SIDO RECONOCIDA POR LA CORTE SUPREMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el ámbito nacional tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias han reconocido expresamente la cosa interpretada emanada de la Corte IDH, señalemos algunos ejemplos:

La Corte Suprema en sentencia Rol Nº 27.543-16, 3 de octubre de 2016, asume la cosa interpretada de las sentencias de la Corte IDH y saca las consecuencias jurídicas de la misma en su aplicación a personas que se encontraban en idéntica situación, aun cuando no habían participado del mismo proceso:

(...) Empero, conviene resaltar que, aun de no haberse dictado el pronunciamiento referido por la CIDH en el caso "Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros versus Chile", igualmente esta Corte Suprema debe procurar adoptar una interpretación de las normas procesales nacionales que conduzca al resultado indicado en ese pronunciamiento, dado que lo resuelto por la CIDH no busca sino hacer realidad el derecho a un recurso efectivo y rápido que consagra la Convención Americana de Derechos Humanos que fue suscrita y ratificada por Chile y, por tanto, derecho vigente de nuestro ordenamiento de rango constitucional conforme al artículo 5, inciso 2º, de la Carta Fundamental".

"(...) En ese orden, los tribunales tienen la obligación de intentar una interpretación de las normas nacionales que afecten derechos humanos que sea armónica con las obligaciones internacionales del Estado en este campo, aun cuando dichas normas internas en sí mismas no se ajusten a la Convención".

"(...), a lo que cabe agregar que, atendidas las particularidades de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho Constitucional como el nuestro, dichos derechos deben interpretarse de acuerdo a ciertos criterios y, uno de éstos, es el principio pro persona, de acuerdo al cual debe preferirse aquella norma o interpretación que de mayor efectividad a la protección de los derechos humanos.

"Ratificando y respaldando todo lo antes razonado, la CIDH ha declarado que "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por

⁴³⁰ ARANGÜENA FANEGO y LANDA ARROYO (2017), p. 180.

la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. (...)

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (Caso Radilla Pacheco vs. México, párr. 339; Caso Boyce y otros vs. Barbados, párr. 78; Caso Almonacid Arellano, párr. 124).

"Trigésimo quinto: Que en razón de todo lo anterior, es que se anularán las sentencias dictadas por el Consejo de Guerra en los autos Rol N° 1-73 respecto de todos los condenados en ellas, y no sólo en favor de aquellos que acudieron ante la CIDH, pues la acción del Fiscal Judicial para anular dichos fallos no se limita a éstos, como se lee en su petitorio y, además, de esa forma se cumple lo ordenado por el mencionado Tribunal internacional, el que no sólo mandata poner a disposición de las víctimas que comparecieron ante él un mecanismo que sea efectivo y rápido para revisar y anular las sentencias de condena que fueron dictadas en la referida causa en su perjuicio, sino que agrega (...).

(...) que "Ese mecanismo debe ser puesto a disposición de las demás personas que fueron condenadas por los Consejos de Guerra durante la dictadura militar chilena", por lo que, dado que la acción de revisión deducida por el señor Fiscal Judicial de esta Corte, como esta misma autoridad reconoce en su libelo, se realiza a petición del Consejo de Defensa del Estado para de esa manera dar cumplimiento a los resuelto por el órgano de jurisdicción internacional, cabe dar a esa petición un sentido acorde a lo dispuesto por la CIDH.⁴³¹

A su vez, el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 2492-13 de junio de 2014, en su considerando 17°, explicita la existencia de estándares interamericanos vinculantes para la jurisdicción constitucional chilena:

"Nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo a esta jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile".

El Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 2493, de 6 de mayo de 2014, en sus considerandos 6° y 7°, ya determina el uso de los estándares de derechos humanos del corpus iuris interamericano:

"6°. Que en la fundamentación del requerimiento se ha invocado el mandato constitucional del artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Política, que consagra el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la

⁴³¹ Corte Suprema, sentencia Rol N° 27.543-16, de 3 de octubre de 2016.

naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En la especie, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos";

"7°. Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política".

En este importante fallo del Tribunal Constitucional, el considerando octavo de la sentencia, asume los estándares determinados por la Corte IDH en materia de justicia militar:

"8°. Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la aludida convención, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que sólo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense".

El Tribunal Constitucional chileno utiliza también el estándar interamericano respecto del derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior desarrollado por la Corte IDH en base al artículo 8, letra h) de la CADH, en las sentencias Roles 2743-14-INA y 2791-15-INA, ambas de 3 de marzo de 2016, en el considerando 38:

"TRIGESIMOCTAVO: Que el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior está recogido en el artículo 8°, letra h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta garantía, sustentada en precisiones en cuanto a procedimientos que involucren niños y adolescentes, aparece recogida en la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N°17, §134, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Condición Jurídica de los Derechos Humanos del Niño), e igualmente en las garantías en el marco de los procesos, donde se reconoce el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, a raíz de lo cual la Corte Interamericana requiere de la existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpaado, realizando una verdadera revisión de la sentencia (...).

"(...) Es más, el recurso debe tener eficacia, lo cual implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012 Serie C N°225, §99; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares. Fondo y reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C N°260, §244)".

Es difícil desconocer la cosa interpretada de la sentencia de la Corte IDH en su *holding* o *ratio decidendi*. Estamos ante un sistema colectivo de protección y garantía de derechos, donde los Estados parte deben actuar de buena fe y prevenir el incurrir en vulneración de derechos humanos. Si existen precedentes claros emanados

de la Corte IDH como intérprete auténtico y final de la Convención ¿qué sentido tiene arriesgar una condena que determine la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos?, simplemente por no seguir la *cosa interpretada de la Corte IDH* en un caso similar ocurrido en otro Estado Parte, si con ello se arriesga una condena de la Corte IDH y la consiguiente obligación de *reparar integralmente tal violación*, con el gasto que ello implicará de parte del Estado por las medidas de reparación que impondrá en su fallo la Corte IDH en indemnizaciones, pago de servicios, cursos para la administración o para los jueces, con el objeto de impedir que tales actos puedan repetirse, además de los actos públicos de reconocimiento de responsabilidad, etc.

Por otra parte, hay *razones de economía procesal*, no tiene sentido retardar el efecto útil de *respetar y garantizar los derechos* que es la obligación estatal conforme al artículo 1° de la Convención, si se puede considerar como precedente la jurisprudencia de la Corte IDH; asimismo, no tiene sentido llenar de casos idénticos a la Corte IDH, que debe resolver otros casos relevantes y urgentes de veinte estados (Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay), y de más de cuatrocientos millones de habitantes, en los cuales aún no hay jurisprudencia de dicha Corte que sirva de guía a los respectivos estados.

Los Estados parte no pueden actuar como si fueran sujetos jurídicos privados al interior de un Estado, invocando la clásica triple identidad de la cosa juzgada civil. El escenario interamericano es muy diferente, en este último *las sentencias de la Corte IDH se asemejan a las sentencias constitucionales que gozan de una eficacia erga omnes* en el derecho comparado.

La Corte IDH al pronunciarse en sentencias y opiniones consultivas interpreta en forma auténtica y final, dotando de contenido a las disposiciones de la CADH, de modo que su doctrina legal y la *ratio decidendi* de las sentencias constituyen una extensión de la CADH. Además, el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH por los Estados parte evita incumplir los derechos que integran el corpus iuris interamericano y ser sancionados por la Corte IDH, además tiene así una función preventiva para los Estados parte y dota de seguridad jurídica a sus actuaciones.

La identidad de interpretación es una consecuencia de la identidad de situaciones, unas mismas violaciones y regulaciones jurídicas similares, constituyen la razón de decidir de la misma manera.

La vinculación a las sentencias de la Corte IDH, se predica de todos los poderes públicos y no sólo de los órganos judiciales, todos y cada uno de los órganos del Estado Parte son Estado juez, Estado gobierno, Estado Administración, Estado parlamento, Estado poder constituyente instituido.

En tal sentido, es relevante lo establecido por la Corte IDH en la resolución de supervisión del caso Gelman vs. Uruguay, donde precisó:

*"Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en el cual fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas, y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad, tanto en la emisión como aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes y lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana".*⁴³²

En la misma Resolución, más adelante precisa:

*"De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano y autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, los cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá el control complementario de convencionalidad".*⁴³³

4. LA COSA INTERPRETADA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En la misma perspectiva, se encuentra previamente la Resolución N° 1226 de la Asamblea Parlamentaria Europea, referente a la emisión de sentencias por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la cual se determina que el principio de solidaridad importa que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos forma parte de la Convención y, por lo tanto, comparte el valor vinculante *erga omnes* hacia los otros estados.

Ayuda a la comprensión de dicha Resolución el Informe del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos, en el cual el *Relator Eric Jurgens* expresa que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el intérprete final del Convenio

⁴³² Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay. Resolución de 20 de marzo de 2013, párrafo 69.

⁴³³ Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay. Resolución de 20 de marzo de 2013, párrafo 72.

Europeo de Derechos Humanos y que, a pesar que el artículo 46 del mismo se refiere únicamente a la obligación del Estado que es parte del caso, sus interpretaciones forman parte de las disposiciones convencionales y, consecuentemente, comparten su valor vinculante *erga omnes*. Así precisa que los estados no sólo deben cumplir las sentencias en que sean parte, sino que deben considerar los pronunciamientos de los casos en que no intervinieron, para cumplir con el deber impuesto en el artículo 1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁴³⁴

El mismo razonamiento realizado respecto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es predicable de la Corte IDH, que es el intérprete auténtica y final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporándose su interpretación a la norma interpretada y, por tanto, teniendo carácter *erga omnes*. Señalemos que tal razonamiento jurídico se da en el contexto de que ambas convenciones o convenios tienen exactamente la misma disposición, el artículo 44 del Convenio Europeo y el artículo 68.1 de la Convención Americana.

5. LA COSA INTERPRETADA Y LA PREVENCIÓN DE VULNERACIÓN DE DERECHOS

Ello, al final, es empíricamente necesario, ya que la Corte IDH emite un número limitado de sentencias, a diferencia del TEDH, lo que hace necesario fijar precedentes respecto de nuevas materias sobre las que en la actualidad aún no se ha pronunciado o en casos que tienen aspectos diferentes de aquellos ya resueltos.

A ello debe agregarse, en una interpretación sistemática y finalista de la Convención, *el efecto útil de los tratados para prevenir la vulneración de los derechos que ella protege*, como asimismo el cumplimiento de las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos (art. 1º de la Convención) y el deber de adoptar las medidas no sólo normativas, sino también las de “otro carácter” (art. 2º de la Convención), para cumplir la obligación de respetar y garantizar los derechos convencionales, como asimismo asumir *el principio favor persona del art. 29, literal b de la Convención Americana*, además de las obligaciones de los artículos 26, 31.1. y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

La amenaza cierta de una inminente lesión de derechos de los justiciables es un principio que impide razonar de otro modo desde una adecuada perspectiva garantista.⁴³⁵ Actuar de otra forma constituiría asimismo una clara violación de los principios de buena fe en el cumplimiento de los derechos asegurados por el *corpus iuris interamericano* y del objeto y fin de la CADH, además de un desacato de las sentencias de la CIDH.

⁴³⁴ Citado por ROBLEDO, Miguel (2017), p. 321.

⁴³⁵ GARCÍA ROCA, Javier y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2017), p. 104.

Las sentencias de la Corte IDH se dictan en un sistema de protección de derechos que es multilateral y de afirmación colectiva de los Estados parte de cumplir el deber jurídico de las obligaciones convencionales.

La interpretación vinculante constituye una interpretación constructiva de normas antes que meramente aclaradora de disposiciones escritas por la apertura de las normas que reconocen derechos fundamentales y la elasticidad de las normas convencionales, como asimismo, porque los supuestos de hecho son parte de la norma convencional pero no están escritos en ella como ocurre en las normas penales o tributarias.

La Corte IDH centra su actividad en establecer estándares comunes,⁴³⁶ señalar principios interpretativos, y precisar los atributos y garantías de los derechos ligadas a las normas que emanan del *corpus iuris interamericano*, junto a la adopción de medidas de reparación integral para las personas afectadas por la vulneración de sus derechos.

La interpretación de la Corte IDH constituye así una interpretación efectiva y útil: atiende al ejercicio y goce efectivo de los derechos. Esto exige descender a la sustancia de los derechos y a su eficacia, desechando nominalismos y formalismos vacíos de contenido, como asimismo, exige interpretar y aplicar el derecho de acuerdo al principio *pro homine o favor persona*.⁴³⁷

6. LA COSA INTERPRETADA Y LA SOBERANÍA NACIONAL

La cosa interpretada de la Corte IDH para casos idénticos constriñe la libertad interpretativa del juez nacional, efectivamente, pero ello es una consecuencia de haber asumido el compromiso de respetar y garantizar los derechos convencionales y de adecuar el ordenamiento y la conducta de los agentes del Estado a tales derechos y de que el sistema interamericano es un sistema colectivo de protección de derechos, lo que implica asumir estándares mínimos de protección de los mismos determinados por el órgano jurisdiccional que es el intérprete auténtico y final de la CADH.⁴³⁸

Ello sin duda establece una limitación de la libertad interpretativa jurisdiccional nacional y de la potestad pública estatal, ello afecta la concepción absoluta de la soberanía,⁴³⁹ sin duda, la concepción contemporánea de la soberanía asume su ejercicio limitado, ya que la protección de los derechos humanos se encuentra por sobre el ejercicio del poder estatal, si no se reconoce ello, no se entiende porque se es parte de un sistema colectivo regional de protección de derechos, ya que este

⁴³⁶ LANDA (2017), pp. 250-269.

⁴³⁷ ROBLEDO, Miguel (2017), p. 328.

⁴³⁸ ALONSO TELLO MENDOZA, Juan (2015), pp. 205-206.

⁴³⁹ GARCÍA JARAMILLO (2016), p. 152.

obviamente limita el poder de los Estados parte, en beneficio de un objetivo y un bien común, la protección de los derechos humanos de sus habitantes, lo que es parte del bien común regional.⁴⁴⁰ Al menos en el caso chileno, dicha perspectiva tiene expreso reconocimiento constitucional: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”, como determina la primera oración del artículo 5°, inciso 2° que constituye una base del sistema constitucional chileno.

La cosa interpretada no obliga a otros estados del sistema interamericano cuando las violaciones factuales o las normas jurídicas son diferentes de las del caso anteriormente resuelto, los órganos jurisdiccionales nacionales de las del caso anteriormente resuelto, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden argumentar las diferencias específicas entre los diferentes casos. Asimismo, pueden argumentar el principio *favor persona* en el caso de que el ordenamiento jurídico nacional asegure y garantice un nivel más alto de protección de los derechos que el establecido por el sistema interamericano, con lo cual no se hace otra cosa que aplicar un principio básico de interpretación de los derechos contenido en el artículo 29 literal b) de la CADH.

La cosa interpretada no convierte a la Corte IDH en una jurisdicción inflexible, pero sí en un tribunal que determina estándares de derechos en el ámbito regional como lo realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de los Estados parte del mismo.

Los tribunales nacionales pueden dialogar con la Corte IDH,⁴⁴¹ haciendo presente a través de sus sentencias las diferencias de hechos, los contextos y las diferencias de niveles de protección de derechos y a través de ello contribuir a retroalimentar y desarrollar a la Corte IDH estándares regionales sobre casos diferentes de aquellos en que ya existe un estándar regional.

Los órganos estatales nacionales al asumir la cosa interpretada de la sentencia de la Corte IDH cumplen el deber constitucional imperativo de respetar y promover los derechos asegurados y garantizados por la Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, conforme determina el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, en su segunda oración y previenen al hacerlo que, con posterioridad, la Corte IDH pueda determinar la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos fundamentales, en virtud de una omisión arbitraria o inconvencional de la autoridad o agente de ejercicio de un órgano estatal, además de darle un efecto útil y eficaz a la interpretación de la Corte IDH.

⁴⁴⁰ Si se asume la concepción de Elster sobre Ulises y las sirenas, el amarre de manos de Ulises (Estado), tiene por objetivo prevenir realidades posteriores de irracionalidad y grave vulneración de derechos humanos por la potestad estatal, de los que la historia reciente muestra abundantes casos.

⁴⁴¹ BAZAN, Víctor (2013). BAZAN, Víctor (2013a), pp. 590-616.

Al aplicar preferentemente el estándar interamericano frente a las normas de derecho interno, la autoridad o el juez nacional da cumplimiento al artículo 54 N° 1, inciso 5°, salvo que el estándar interamericano sea inferior al estándar nacional en la protección de los derechos, en cuyo caso debe *aplicar el principio favor persona*. Así lo demuestra, por lo demás la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional chilenos como se expresa en este texto.

Respecto de la posibilidad de que en el ámbito jurisdiccional interno haya una interpretación y aplicación convencional matizada o variada por jueces de diversas instancias del derecho interno, ello no genera ningún problema especial, ello ocurre también con la aplicación del derecho interno por los jueces, para ello están los recursos respectivos y el rol unificador de la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema a través de la casación o, en su caso, de la apelación, respecto de las acciones de protección o de amparo.

Finalmente, siempre queda abierta la posibilidad para los afectados que consideren que la sentencia definitiva interna ha vulnerado sus derechos humanos, de ocurrir al amparo interamericano, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en una etapa posterior, si el Estado parte no cumple con las recomendaciones de la Comisión, puede pasar el caso a la Corte Interamericana, que no es cuarta instancia, ya que no analizará la aplicación del derecho interno por los tribunales internos, sino que debe determinar si el Estado juez al dictar dicha sentencia interna vulneró los derechos asegurados y garantizados convencionalmente.

La Corte IDH ha tenido una jurisprudencia consistente en que ha señalado que

“no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos”,⁴⁴² asimismo ha afirmado que “si se pretendiera que la Corte ejerza como tribunal de alzada sobre los alcances de la prueba y del derecho interno, se le estaría sometiendo una materia sobre la cual, en virtud de la competencia subsidiaria de un tribunal internacional, no podría pronunciarse y es incompetente (...). Por el contrario, sí compete a la Corte verificar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia al Tribunal. Por ello, la jurisprudencia reiterada de la Corte señala que la determinación de si las actuaciones de órganos judiciales constituyen o no una violación de las obligaciones internacionales del

⁴⁴² Corte IDH, Caso “*Cabrera García y Montiel Flores v. México*”, Excepciones, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26/11/2010, fundamento 16.

Estado, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana”⁴⁴³

⁴⁴³ Corte IDH, Caso “*Cabrera García y Montiel Flores v. México*”, Excepciones, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26/11/2010, fundamentos 19 y 20.

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

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ

En este artículo abordaremos las siguientes interrogantes: ¿Cuál es el fundamento de derecho positivo del principio *favor persona*? ¿Cuál es su contenido? ¿Cómo se concreta la aplicación de dicho principio en el ámbito del derecho interno y en la relación del derecho internacional con el derecho interno? Para el cumplimiento de los objetivos utilizaremos el método dogmático en la primera y segunda parte, el comparado en el examen del derecho constitucional comparado en la tercera parte y el método inductivo en el análisis jurisprudencial de la cuarta parte.

Nuestra hipótesis de trabajo será que el principio *pro homine* se encuentra positivado en diversas convenciones internacionales de derechos humanos y en diversas constituciones recientes de América Latina como asimismo dicho principio se aplica en sus vertientes interpretativa y normativa, incluso por las jurisdicciones constitucionales de Estados que no aseguran dicho principio en sus ordenamientos constitucionales. Finalmente, respecto de Chile, consideramos que, en virtud de los estándares vigentes en el sistema interamericano, es conveniente, a fin de dotar de seguridad jurídica la aplicación de dicho principio, establecerlo expresamente en el ordenamiento constitucional.

Este capítulo se divide en una primera parte, donde se analiza el fundamento de derecho positivo del principio *favor persona*; en una segunda parte, donde se examina el contenido del mismo; en una tercera parte, se analiza la información comparativa de países de nuestra región que han incorporado el principio *favor persona* en la Carta Fundamental para dar seguridad jurídica de su aplicación por los operadores respectivos; y en una cuarta parte, se abordará el examen de la jurisprudencia nacional y comparada sobre la aplicación del principio *favor persona*, y terminaremos con unas conclusiones.

1. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE INTERPRETAR Y APLICAR EL DERECHO CONFORME AL PRINCIPIO *FAVOR PERSONA*

El fundamento de derecho positivo del principio *favor persona* se puede encontrar en tratados internacionales, tanto universales como regionales en materia de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966, en su artículo 5°; el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, artículo 5.2; la Convención sobre Derechos del Niño, artículo 41; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23, y en el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969 en su artículo 29 literal b); la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo VII, ratificado en 2002; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, artículo XV, ratificada en 2010; y en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de Belem Do Para de 1994, artículo 13, ratificada en 1996.⁴⁴⁴

Las Convenciones antes señaladas han sido ratificadas por el Estado de Chile y se encuentran vigentes, por lo cual, conforme al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, ellas constituyen normas de derecho interno, sin dejar de ser normas de derecho internacional.⁴⁴⁵ Los enunciados normativos contenidos en ellas, conforme a la disposición constitucional antes señalada, generan obligaciones de respeto y promoción de los mismos y de sus garantías normativas e interpretativas para todos los órganos estatales.⁴⁴⁶ Asimismo, ello se desprende también fácilmente del artículo 1° de la Constitución, el cual establece como valor fundamental la dignidad de la persona humana, la cual funda los derechos esenciales y determina una concepción personalista e instrumental del Estado, el cual está al servicio de las personas y del bien común.⁴⁴⁷ Además, el artículo 5° inciso 2° de la Constitución constituye una norma constitucional expresa de reenvío al derecho internacional que contenga derechos esenciales de la persona humana y sus garantías.⁴⁴⁸

En este contexto, en el ámbito nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 29 literal b), determina el uso del principio "pro homine" o principio "favor persona" al exigirle al operador jurídico la aplicación de la norma más favorable al ejercicio de los derechos, la que se complementa con los artículos 1° y 5° inciso 2° de la Constitución.

2. CONTENIDO DEL PRINCIPIO FAVOR PERSONA: DIRECTRIZ INTERPRETATIVA Y DIRECTRIZ NORMATIVA

En una primera aproximación, el principio *favor persona* emana del objeto y fin de los tratados internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos,

⁴⁴⁴ En un sentido similar, *vid.* AMAYA (2005), p. 352.

⁴⁴⁵ NOGUEIRA (2010), pp. 33 y ss.

⁴⁴⁶ *Idem*, p. 33.

⁴⁴⁷ PEÑA (2013), pp. 136-138.

⁴⁴⁸ NOGUEIRA (2015), p. 314.

determinando una interpretación que optimice el aseguramiento, garantía y efectivo ejercicio y goce de tales derechos en su conjunto, dando preferencia siempre a la interpretación que más fuertemente despliegan la eficacia jurídica del o de tales derechos, como asimismo la aplicación preferente de aquella norma que mejor protege los atributos que integran los derechos que los garantiza más ampliamente. Además, en el caso de restricción o limitación a los derechos, dicho principio obliga a no extender analógicamente las restricciones, las que deben considerarse en sentido estricto.

2.1. Los subprincipios

El principio *favor persona* permite desarrollar como subprincipios las directrices *favor libertatis*, *favor debilis*, *pro actione*, *indubio pro reo*, para sólo señalar algunos de ellos.⁴⁴⁹

El principio *favor persona* en la directriz *favor libertatis* lleva a interpretar la norma en el sentido más favorable a la libertad y la eficacia y optimización jurídica de la norma, asimismo, inversamente, cuando se trata de normas que tienen por objeto restringir o limitar el ejercicio de derechos, además de estar constitucionalmente justificadas y legalmente configuradas, ellas deben interpretarse en forma restringida y nunca analógicamente, ya que en la materia juega la fuerza expansiva de los derechos.⁴⁵⁰

El principio *favor persona* en la directriz *favor debilis* consiste en que "en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o, dicho negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad con otra",⁴⁵¹ de aquí surge el principio o directriz pro operario o pro trabajador en el ámbito laboral.

El principio *favor persona* en la directriz *pro actione* en el derecho procesal constitucional, implica dar eficacia al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o a la jurisdicción, favoreciendo el acceso a la justicia, interpretándose las normas de manera de que se optimice en el mayor grado posible la efectividad del derecho a la jurisdicción. Así ante una interpretación que restrinja el derecho a la acción y otra que lo posibilite, debe favorecerse aquella que lo posibilita frente a aquella que lo restringe o limita. En el ámbito procesal penal este principio se concreta en el derecho y principio de *presunción de inocencia* y en el principio *indubio pro reo*.

Desde la perspectiva dogmática, Piza Escalante sostuvo, como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el principio *pro homine* constituía un

⁴⁴⁹ NOGUEIRA (2006), pp. 377-378; Nogueira (2010), pp. 243-244.

⁴⁵⁰ PÉREZ (2001), p. 126.

⁴⁵¹ BIDART Y GIL (2001), p. 18.

criterio fundamental “que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”.⁴⁵²

En el mismo sentido, Pinto señala que el principio *pro homine* “es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el ejercicio fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”.⁴⁵³ Agregando dicha autora que en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan.⁴⁵⁴

A su vez, en el caso de dos o más normas que regulen uno o más derechos debe preferirse siempre la aplicación de aquella regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el o los derechos de las personas, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los Derechos Humanos incorporada al Derecho Interno, lo que lleva a la optimización de los derechos humanos, como expresamente determina el artículo 29 literal b) de la CADH.⁴⁵⁵

Ello permite afirmar a Sagüés que el principio *favor persona*, tiene dos dimensiones o vertientes específicas, la primera como preferencia interpretativa y la segunda como preferencia normativa.⁴⁵⁶ En primer lugar, se destaca la dimensión del principio como preferencia interpretativa, según la cual, al determinar el contenido de los derechos, se deberá utilizar la interpretación más expansiva que los optimice; y cuando se trate de entender una limitación a un derecho, se deberá optar por la interpretación que más restrinja su alcance. En segundo lugar, se resalta la dimensión del principio como preferencia normativa, en virtud de la cual “ante un caso a debatir, el juez [...] tendrá que aplicar la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jerárquico”.⁴⁵⁷

Por otra parte, debe señalarse que respecto del principio *favor persona*, éste se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos

⁴⁵² PIZA ESCALANTE, Opinión Separada (1986).

⁴⁵³ PINTO (1997).

⁴⁵⁴ PINTO (1997), p. 163.

⁴⁵⁵ GROS ESPIELL: “Los Métodos de Interpretación Utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Jurisprudencia Contenciosa”, en Nieto Navia, Rafael (Ed.): *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994. 223, 244, especialmente p. 228; AGUIRRE ARANGO (2007), pp. 73-97, especialmente, p. 76.

⁴⁵⁶ SAGÜÉS (2002); CARPIO (2004).

⁴⁵⁷ SAGÜÉS (2002); CARPIO (2004); NOGUEIRA (2006).

(es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales que afectan a los mismos. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siempre se debe preferir aquella interpretación que mejor garantice un efecto útil, es decir, que sea una eficaz garantía de los derechos de las personas tanto en el ámbito sustantivo como procedimental.⁴⁵⁸ Pasemos a un análisis más detenido de estas vertientes o dimensiones específicas del principio *favor persona*.

3. EL PRINCIPIO FAVOR PERSONA COMO PRINCIPIO DE PREFERENCIA INTERPRETATIVA

La preferencia interpretativa tiene dos formas de expresión: a) *La interpretativa extensiva de los derechos*, y b) *La interpretativa restrictiva de los límites*.⁴⁵⁹

3.1. La interpretación extensiva de los derechos y sus garantías

La interpretación extensiva tiene tres manifestaciones como ha determinado la doctrina.⁴⁶⁰

En primer lugar, el principio *favor persona* debe ser una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su concreción en el caso en cuestión y dotar a la norma de un efecto útil, para que logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. Un ejemplo de esta interpretación extensiva, la encontramos en la sentencia de la Corte IDH en que se condena al Estado de Chile por violar el artículo 13 de la CADH,⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Corte IDH. *Caso la Masacre de Mapiripán vs Colombia* (2005), párrafo 105.

⁴⁵⁹ PINTO (1997), p. 163.

⁴⁶⁰ NASH (2013), p. 177.

⁴⁶¹ El Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto de la Libertad de Pensamiento y de Expresión, determina:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

esto es, el Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión como consecuencia de la censura previa en la película "La última tentación de Cristo".⁴⁶²

Otro caso de interpretación extensiva que realiza la Corte IDH para dar efecto útil a la norma, la encontramos en el *Caso Penal Miguel Castro Castro* (2006), donde se supera la miopía de un parámetro formal del principio de igualdad y no discriminación, presuntamente neutral, pero profundamente masculino, para dar pie a otro parámetro, que reconoce las diferencias legítimas entre las personas y que demanda acciones positivas por parte del Estado, lo cual implica un tratamiento penitenciario diferente de determinados ejercicios entre varones y mujeres embarazadas.⁴⁶³ En este último caso, la Corte IDH, interpretó el artículo 5 de la Convención,⁴⁶⁴ a la luz del principio *favor persona*, al momento de determinar el contenido y alcance del derecho a la *integridad personal* de las víctimas de la violencia en el penal Miguel Castro Castro, para ampliar el derecho y de este modo darle efectividad. Para lo cual estableció que tratándose de mujeres embarazadas, situaciones que se presentan neutras, como exigir a un hombre arrastrarse sobre su vientre, no era una conducta igualmente exigible a las mujeres, pues para las mujeres embarazadas esta conducta resulta particularmente gravosa. Así, la Corte IDH estimó que "la violación del derecho a la integridad personal de las señoras: Eva Chalco, Sabina Quispe Rojas y Vicenta Genua López se vio agravada por el factor de que se encontraban embarazadas, de forma tal que los actos de violencia les afectaron en mayor medida".⁴⁶⁵

En segundo lugar, otra manifestación de la interpretación extensiva son aquellos casos en que existe más de una interpretación posible de un texto. En este caso, debe preferirse aquella que de mejor manera respete y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos. Un ejemplo de esta segunda manifestación, lo tenemos en el caso sometido a la Corte IDH, "*Claude Reyes y otros vs. Chile*" (2006), donde se alega la violación al derecho de acceder a la información bajo el control del Estado, y donde la discusión se enfoca en el contenido y alcance del derecho a la Libertad de Expresión desarrollado en el artículo 13 de la CADH, ya que por un lado, el Estado de Chile sostuvo una interpretación que no reconocía el derecho de acce-

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

⁴⁶² Corte IDH. *Caso La última tentación de Cristo vs Chile* (2001).

⁴⁶³ NASH (2010), p. 235.

⁴⁶⁴ Convención sobre Derechos Humanos de 1969.

⁴⁶⁵ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. párrafo N° 293 (2006).

der a la información como un elemento integrante de tal derecho, sino como "un elemento que expresa el interés general del principio de publicidad y de probidad".⁴⁶⁶ En este caso, la Corte IDH, sobre la materia, resuelve:

"76. (...) que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende "no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole". Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información".

En tercer lugar, la tercera manifestación de la interpretación extensiva serían aquellos casos en los cuales la norma es contraria a la CADH y no es posible su interpretación conforme al tratado. En dichos casos de acuerdo con el principio *favor persona* la norma podría ser inaplicada en el asunto en concreto. Un ejemplo de esta manifestación de la aplicación extensiva del principio *favor persona*, es el razonamiento utilizado por la Corte IDH en el *caso Barrios Altos vs. Perú* (2001),⁴⁶⁷ donde declara que las leyes de amnistía N° 26.479 y N° 26.492 violaban los artículos 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial) y 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana. Al respecto señala:

42. "La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de auto-amnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma".

43. (...) Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente".

⁴⁶⁶ Corte IDH. *Claude Reyes y otros vs. Chile*. párrafo 59 (2006).

⁴⁶⁷ Corte IDH. *Barrios Altos vs. Perú* (2001).

La Corte Interamericana determina que “*las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos*”.⁴⁶⁸

3.2. La interpretación restrictiva de los límites de los derechos

En esta perspectiva, las limitaciones al ejercicio de los derechos que puede legítimamente establecer el Estado a través de la ley, deben interpretarse de manera taxativa. Ello supone *interpretar las limitaciones o restricciones a los derechos de manera taxativa sin poder desarrollar interpretaciones analógicas o extensivas a otros ámbitos que los que expresamente señala el texto legal*.

El equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario y respetando el principio de proporcionalidad en la afectación de los derechos, el cual a su vez, tiene como límite, el contenido esencial del derecho, lo cual impide su desconocimiento.

Así lo ha manifestado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso sobre censura previa, relativo al libro *Immunidad Diplomática* escrito por Francisco Martorell,⁴⁶⁹ donde los peticionarios alegaron una violación al artículo 13 de la CADH, que asegura “*el derecho de buscar, recibir, y difundir informaciones de toda índole*”⁴⁷⁰ a través de cualquier medio de su elección, garantizando de este modo, no solo la libertad de pensamiento, sino también reconociendo el derecho colectivo a estar informado, el derecho a réplica, a expresarse y a que exista una diversidad de fuentes de información. Al efecto, el Informe señala: “*Como consecuencia de esta amplia interpretación del concepto de libertad de pensamiento y de expresión, se han contemplado limitaciones estrictas a las restricciones que pueden aplicarse a esos derechos. La Convención contiene normas generales que prevén las posibles restricciones a los derechos que garantiza. Sin embargo, en el caso de la libertad de pensamiento y de expresión, estas normas deben interpretarse de acuerdo con los límites específicos establecidos por el artículo 13 de la Convención*”.⁴⁷¹

La Corte IDH conforme a esta interpretación restrictiva de las limitaciones a los derechos, ha determinado que, para ser compatibles con el régimen internacional de protección de la persona, las restricciones al goce o ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH deben: *a) estar expresamente autorizadas por la Convención; b) responder a fines legítimos*, es decir, “*que obedezcan a ‘razones de interés general’*” –finalidad válida–; *c) apegarse al ‘propósito para el cual han sido*

⁴⁶⁸ Corte IDH. *Barrios Altos vs. Perú*, párrafo N° 54.1 (2001).

⁴⁶⁹ CIDH. Informe N° 11/96. Caso 11.230 (1996).

⁴⁷⁰ CIDH. Informe N° 11/96. Caso 11.230 (1996).

⁴⁷¹ CIDH. Informe N° 11/96. Caso 11.230 (1996), párrafo 40.

establecidas” –idoneidad o razonabilidad de la medida–, y *d) estar establecidas por leyes en sentido formal*.⁴⁷²

Además, la Corte IDH ha precisado, en armonía con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que es apropiado concluir que,

“al interpretar el término ‘necesarias’ en el contexto de las restricciones autorizadas al derecho en comento, éste sin ser sinónimo de ‘indispensables’, implica la ‘existencia de una necesidad social imperiosa’ y que para que una restricción sea ‘necesaria’ no es suficiente demostrar que sea ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuna’ [...] Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión [...] dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo [finalidad válida]. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.⁴⁷³

La Corte IDH ha aplicado esta dimensión estricta de las restricciones o limitaciones a los derechos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, determinando que

“Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”.⁴⁷⁴

4. EL PRINCIPIO FAVOR PERSONA COMO PREFERENCIA NORMATIVA

El segundo uso que tiene este principio, se refiere a la *preferencia de normas*, que a su vez tiene dos expresiones, la de *a) Preferencia de la norma más protectora*, y *b) La conservación de la norma más favorable*.

⁴⁷² Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

⁴⁷³ Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 46.

⁴⁷⁴ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párrafo 124.

4.1. Preferencia de la norma más protectora de los derechos de las personas

La preferencia normativa aporta una solución práctica de gran importancia respecto al supuesto de colisión de normas, ya que desplaza la tradicional discusión del conflicto entre las normas de origen internacional y las de origen interno, superando con ello el debate doctrinal entre tradiciones monistas, dualistas o coordinadoras.

Asimismo, esta variante del principio ayuda a superar otro tradicional debate relacionado con la jerarquía de las normas, pues teniendo el ordenamiento estatal como objetivo y fin último el respeto, aseguramiento garantía y promoción de los derechos de las personas, lo que importa es la *aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico*.⁴⁷⁵

Un ejemplo en tal sentido, lo constituye la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Ricardo Canese* (2001):

*"181. Es preciso recordar que la Corte en diversas ocasiones ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado. Según lo ha establecido este Tribunal, si a una situación son aplicables dos normas distintas, "debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana".*⁴⁷⁶

La Corte IDH ha entendido que el artículo 29 literal b) de la CADH expresamente *obliga* a un examen judicial que incorpore, al momento de determinar el alcance de los derechos, todas aquellas normas jurídicas, tanto nacionales como internacionales, que hayan reconocido los atributos y garantías de un derecho de forma más extensa.

En tal perspectiva, la Corte IDH se ha referido constantemente a diversos instrumentos internacionales, ya sean regionales o universales, con el fin de dar sentido a los derechos reconocidos en la CADH, pero atendiendo a las circunstancias específicas del caso.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ CASTILLA (2011), p. 153.

⁴⁷⁶ CIDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C N° 111, párrafo 181.

⁴⁷⁷ Véanse, por ejemplo, Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia (Fondo)*, Sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie C, N° 90; Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Fondo)*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, N° 70 (alcance del derecho a la vida en situaciones de conflictos armados no internacionales); Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 1 de julio de 2006, serie C, N° 148 (prohibición del trabajo forzado u obligatorio); Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 2 de julio de 2004, serie C, N° 107 (relación entre la libertad de expresión y la sociedades democráticas); Corte IDH,

Cuando el principio se manifiesta mediante la *aplicación de la norma más protectora*, permite al juez seleccionar de entre varias normas concurrentes o al menos de entre dos normas, aquella que su contenido ofrezca una protección más favorable a la persona o aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo o víctima en relación con sus derechos humanos.⁴⁷⁸ Así, cuando el juzgador u órgano de decisión se enfrente ante dos o más interpretaciones conformes con las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos, debe optar por aquella que más favorezca a la persona, a partir de las circunstancias específicas del caso.

Así lo ha reiterado la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en su párrafo 84:

*"En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1 de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano".*⁴⁷⁹

El principio *favor persona*, como mandato de favorabilidad general, no implica que se tenga que atender a la jerarquía de las normas al resolver un caso concreto, siempre y cuando se esté dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas del sistema –por ejemplo, que las normas con las que se resuelva un caso, cualquiera que sea su jerarquía, sean normas válidas y aplicables a éste.

En tal perspectiva, debe tenerse presente que no es posible, en la materia, establecer un criterio general en que se afirme que la norma internacional siempre será más protectora que cualquier norma nacional, ya sea constitucional o legal, ya que puede ser la norma nacional más protectora, debiendo en tal caso aplicarse al caso concreto, en la medida que las normas internacionales de derechos constituyen normas siempre de estándares mínimos, sobre los cuales los Estados pueden asegurar y garantizar mayores atributos y garantías de los derechos en los términos que estimen conveniente.

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo), Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, N° 63 (derechos específicos de los niños y niñas, menores de 18 años); y Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, N° 125 (derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas), para solo señalar algunas sentencias en la materia.

⁴⁷⁸ CASTILLA (2011).

⁴⁷⁹ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párrafo 84.

4.2. La conservación de la norma más favorable a los derechos

A su vez, cuando el principio se manifiesta mediante la *conservación de la norma más favorable*, se añade un elemento de temporalidad al análisis, ya que se trata de casos en los que una norma posterior puede dejar sin aplicación o derogar en el caso específico una norma anterior, ya sea de manera expresa o tácita, con el fin de proteger de mejor manera los derechos humanos.⁴⁸⁰

5. EL ASEGURAMIENTO JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *FAVOR PERSONA* MEDIANTE SU INCORPORACIÓN EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

A partir de la última década del siglo pasado y los primeros años de la nueva centuria, algunas Constituciones Latinoamericanas han empezado a positivizar los postulados de interpretación básicos en materia de derechos humanos, como son la *interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos*, el *principio de progresividad*, el *principio favor persona*, entre otros postulados, lo que otorga directrices precisas y seguras de interpretación a los jueces nacionales sobre la materia. Con todo, estos postulados igual se aplican aun cuando no se encuentren positivadas en el texto constitucional respectivo, por la necesaria aplicación del artículo 29 de la CADH, que en todos los Estados parte del sistema interamericano integra el derecho interno y es de preferente aplicación frente a las fuentes formales generadas internamente.

A continuación presentaremos los textos constitucionales sobre el principio *favor persona* contenidos en diversos Estados latinoamericanos, siguiendo el orden cronológico de su incorporación.

La *Constitución de Venezuela de 1999*, en su artículo 19, precisa: "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen". A su vez, el artículo 23 determina: "*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la*

⁴⁸⁰ CASTILLA (2011).

República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

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

La *Constitución de Bolivia de 2009*, en su artículo 13.IV determina que "los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia".

La *Constitución de República Dominicana de 2010*, en su artículo 74, numeral 3º, determina: "*Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución*".

Por último, la *reforma constitucional de México de 2011* en el artículo 1º, incisos 2º y 3º de la *Constitución*, precisa:

"Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley".

Así puede sostenerse la existencia en el ámbito latinoamericano de una línea creciente y consistente de incorporar al texto mismo de la Constitución, para otorgar seguridad jurídica de su aplicación por todos los órganos y autoridades estatales, el principio *favor persona*.

6. LA JURISPRUDENCIA DE CORTES CONSTITUCIONALES O SUPREMAS NACIONALES EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN CONFORME AL PRINCIPIO *FAVOR PERSONA*, SIN QUE EL MISMO SE ENCUENTRE CONTEMPLADO EXPRESAMENTE EN EL RESPECTIVO TEXTO CONSTITUCIONAL

En los Estados en que el texto constitucional no asegura expresamente el principio *favor persona*, éste puede deducirse de la afirmación del valor de la dignidad de las personas y del aseguramiento de los derechos como atributos fundamentales

de la persona humana, constituyendo así un postulado constitucional implícito, lo que se refuerza y complementa, por el hecho de ser parte de la CADH, con el artículo 29 literal c) de esta última. Esto se verificará a continuación con el análisis de sentencias de Estados que no contienen un reconocimiento constitucional de dicho principio.

El postulado de interpretación *favor persona* en materia de preferencia interpretativa y normativa en materia de derechos fundamentales es utilizado por diversas jurisdicciones constitucionales y tribunales superiores de justicia de América Latina, tanto de Sudamérica como de Centroamérica. Ello se constata con sentencias de tribunales constitucionales o cortes supremas con jurisdicción constitucional tales como las de Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador y Perú, que revisamos a continuación.

6.1. Corte Suprema de Argentina

La Corte Suprema argentina ha aplicado el principio *favor persona*, en su vertiente interpretativa, como lo demuestra los dos casos que se exponen:

En el caso Cardozo (Fallos 329:2265) del 20 de junio de 2006, ante un recurso extraordinario federal presentado por el Defensor de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, la Corte Suprema de la Nación afirma que, en relación al derecho al recurso en materia penal, que ante una situación no reglada por la ley procesal penal, los jueces deben optar por la interpretación más respetuosa del principio *pro homine*. En efecto, en dicho precedente, la Corte Suprema de la Nación revocó la sentencia de la Suprema Corte Provincial expresando que

“la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires omitió –al amparo de un excesivo rigor formal– el control sobre la cuestión federal comprometido en la decisión del Tribunal de Casación Penal local al evitar un pronunciamiento acerca de si, frente a una situación no reglada expresamente por el código procesal penal local –el cómputo del plazo para recurrir en casación en supuestos como el de autos–, el juzgador había optado por aquella interpretación que fuera más respetuosa del principio pro homine” en el marco del deber de garantizar el derecho al recurso que asiste a toda persona inculpada de delito (art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica y art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos)”

En la sentencia del caso Acosta (Fallos 331:858) de 23 de abril de 2008, la Corte Suprema argentina, aplicando el principio *favor persona*, determinó dejar sin efecto el criterio sostenido por la Cámara Nacional de Casación Penal que limitaba el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis C.P. (suspensión del juicio a prueba) a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años. En este caso, la Corte Suprema consideró que dicho criterio se funda en una interpretación irrazonable de la norma (art. 76 bis C.P.) toda vez

que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros artículos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante (cons. 7°). En este fallo, la Corte estableció con claridad las reglas para la interpretación de las normas penales señalando textualmente:

*“6°) Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos 304: 1820; 314:1849; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la C.N.) exige “priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”.*

6.2. La Corte Constitucional de Colombia

La Corte Constitucional de Colombia es uno de los tribunales Constitucionales que aplica usualmente el principio *favor persona* en el ámbito de los derechos, asimismo es una Corte que lo utiliza en sus diversas vertientes y en materias diferentes.

En primer lugar, desde el punto de vista de la vertiente interpretativa, un caso importante es la sentencia N° 187/06, 15 de marzo de 2006, la cual se pronuncia sobre un proyecto de ley que determina la aplicación del principio *favor persona*, lo que le permite evaluar la constitucionalidad de dicho principio y sus diversos alcances interpretativos y normativos, como asimismo reiterar su línea jurisprudencial sobre la materia con cita a diversos casos anteriores, al respecto la sentencia precisa:

“8.1.6. El principio *pro homine*

El proyecto de ley establece que en la decisión de la acción se aplicará el principio pro homine. Según este postulado, en la interpretación de las normas aplicables a los derechos humanos se debe privilegiar la hermenéutica que resulte menos restrictiva para el ejercicio de los mismos; este principio también es denominado cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, la cual ha sido consagrada en algunos instrumentos internacionales, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 5° establece:

Artículo 5°.

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado."

Asimismo, el principio pro homine se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 29 prevé:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

1. permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

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

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

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

La Corte Constitucional se ha referido a este principio de la siguiente manera:

"(...) en virtud del principio Pacta Sunt Servanda, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia. Ver sentencia C-400 de 1998, fundamentos 40 y 48, y sentencia C-358 de 1997, Fundamento 15.5.

Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o pro hominem, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas

que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona". Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003.

De otra parte, la jurisprudencia ha explicado que cuando las normas de la Constitución Política y de las leyes colombianas ofrezcan una mayor protección al hábeas corpus, estas deben primar sobre el texto de los tratados internacionales, ello en aplicación del principio pro homine, según el cual en todo caso se debe preferir la interpretación que resulte menos restrictiva del derecho protegido. Al respecto la Corporación ha explicado:

"Restricciones a los derechos y cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos (artículos 4° y 5°).

14. El artículo 4° consagran una regla hermenéutica que es de fundamental importancia, pues señala que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Esta regla, cuya constitucionalidad y carácter vinculante en el ordenamiento colombiano ya ha sido reconocida por esta Corte en relación con otros convenios de derechos humanos Ver, por ejemplo, la sentencia C-408/96, fundamento jurídico No 14., muestra además que el objeto del presente Protocolo no es disminuir sino aumentar las protecciones brindadas a los derechos económicos, sociales y culturales.

15. En ese mismo orden de ideas, la Corte coincide con algunos de los intervinientes que señalan que, en virtud de la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, el artículo 5° no puede ser entendido como una norma que autoriza restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, si en otros instrumentos internacionales, o en la propia Constitución, tales derechos no tienen restricciones. Por ello, esta Corporación considera que este artículo está consagrando garantías suplementarias en relación con la eventual limitación de los derechos previstos en el Protocolo, puesto que señala que ésta sólo podrá efectuarse por normas legales, que tengan una finalidad particular, como es preservar el bienestar general dentro una sociedad democrática, y siempre y cuando se respete el contenido esencial de esos derechos. En tal entendido, la Corte considera que estas normas son exigibles". Corte Constitucional, sentencia C-251 de 1997, revisión del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

Para la Corte, el principio pro homine consagrado en el artículo 1° del proyecto que se examine no ofrece reparos de inconstitucionalidad y, por lo tanto, será declarado exigible".

En esta vertiente, la Corte Constitucional de Colombia en un caso más reciente, resuelto por la Sentencia T-085/12, utiliza el principio favor persona para

obtener la interpretación más favorable a los derechos y limitar la interpretación restrictiva de los derechos, señalando, al efecto, lo siguiente:

“Para el caso concreto, la Sala no encuentra evidente que una demanda de alimentos entre cónyuges se interponga en situaciones que necesariamente excluyan la convivencia material y real entre ellos. No se tienen estadísticas al respecto; la no convivencia no es presupuesto legal para su interposición; no se tiene el texto de la demanda que permita inferir, al menos, que en el momento de su presentación no existía convivencia entre la señora Cuero Valencia y el señor Lozano Pedroza; no se tiene conocimiento de lugares de residencia distintos de uno y otro cónyuge durante el tiempo que estuvieron casados; en fin, que no existe nada, distinto de una suposición, que genere una duda razonable respecto de la convivencia del señor Lozano Pedroza y la señora Cuero Valencia.

Por esta razón no resulta acorde con una interpretación favorable a los derechos de la señora Cuero Valencia, que se haga una presunción restrictiva del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, máxime cuando la misma no tiene un fundamento de mayor peso que el principio pro homine. Mientras sea ésta la situación, a menos que se tenga una prueba cierta de que no se cumplió con el requisito de convivencia durante los cinco años anteriores, no es posible presumir en contra de la prueba aportada para demostrar la convivencia entre el fallecido señor Lozano Pedroza y la accionante. Será el mayor peso del principio de favorabilidad la razón para que la presunción restrictiva no resulte una opción válida dentro del ordenamiento constitucional.

La primacía de este principio como fundamento de decisión del caso que ahora se resuelve, se basa, además, en la aplicación de los principios de garantía efectiva de los derechos fundamentales (artículo 2 de la Constitución) y de primacía de los derechos inalienables de las personas (artículo 5 idem) y busca proteger materialmente el derecho constitucional a la seguridad social en pensiones (artículo 48 idem), así como observar los principios de informalidad, sumariedad y celeridad que deben informar el trámite de la acción de tutela (artículo 86 idem y artículo 3 del Decreto 2591 de 1991”.

Por último, en la misma vertiente interpretativa, la Corte Constitucional de Colombia, reitera en su sentencia C-438/13, de 11 de julio de 2013, el principio *favor persona*, en clave interpretativa en materia de derechos fundamentales:

“El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2°), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia “principio de interpretación pro homine” o “pro persona”. A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos:

“El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y conse-

cientemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”.

“Este es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1° y 2° de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En lo que tiene que ver con los derechos, los mencionados criterios hermenéuticos se estipulan en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se debe afirmar que estos criterios configuran parámetro de constitucionalidad, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales.

“El principio pro persona, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental”. En el contexto de la LV esto significa que cuando de una disposición legal se desprende una restricción de derechos fundamentales, esta debe ser retirada del ordenamiento jurídico”.

En ese orden de ideas la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles

“es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales, los derechos fundamentales y como pasa a examinarse las normas internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P.)”.

(...)

“La Corte debe reiterar en ese orden de ideas que los principios y valores supremos así como los derechos fundamentales que hacen de la dignidad de las personas el eje central de las reglas de convivencia consagradas en la Carta Política de 1991, se erigen en límites constitucionales de las competencias de regulación normativa que incumben al Congreso como titular de la cláusula general de competencia de modo que, so pretexto del ejercicio de la potestad de configuración legislativa, no le es dable desconocer valores que, como la vida, la integridad personal y la proscripción de todo tipo de discriminación respecto de los derechos inalienables de las personas, de acuerdo a la Carta Política, son principios fundantes de la organización social y política, pues así lo proclama el Estatuto Superior”.

En segundo lugar, desde la perspectiva de la vertiente normativa, la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-148/05 de 22 de febrero de 2005, usa el principio *favor persona* para discernir cuál es la norma más protectora de los derechos fundamentales, aplicándola al caso y así resolver el conflicto jurídico entre la tipificación del delito de tortura en la legislación interna y en la Convención

Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, determinando el uso de la norma más protectora de los derechos de las personas. La parte pertinente de la sentencia reza como sigue:

“Al respecto la Corte constata que en el presente caso y contrariamente a lo que se señaló para el delito de genocidio, es clara la contradicción entre el texto de los artículos 173 y 178 de la Ley 599 de 2000 –que tipifican respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y tortura– y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, instrumento internacional que en armonía con el artículo 93 superior y el principio pro homine es el que corresponde tomar en cuenta en este caso como se explicó en los apartes preliminares de esta sentencia.

“En efecto en dicho instrumento internacional aprobado mediante la Ley 409 de 1997 no solamente se excluye la expresión “graves” para efectos de la definición de lo que se aplica sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. Es decir que de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor.

En ese orden de ideas en la medida en que tanto en el artículo 137 como en el artículo 138 de la Ley 599 de 2000 el Legislador al regular respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y de tortura, incluyó en la definición de estas conductas la expresión graves para calificar los dolores o sufrimientos físicos o psíquicos que se establecen como elementos de la tipificación de los referidos delitos, no cabe duda de que desconoció abiertamente la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y consecuentemente vulneró el artículo 93 superior.

A ello cabe agregar que como lo señala el señor Fiscal General de la Nación en relación con la tortura el artículo 12 constitucional no establece ningún tipo de condicionamiento.

Recuérdese que el contenido que el Constituyente dio al artículo 12 de la Carta, corresponde a la consagración de un derecho que no admite restricciones que lo conviertan en relativo y que a la prohibición que consagra la norma superior citada –dirigida en este sentido a cualquier persona sea agente estatal o particular–, subyace el reconocimiento y protección al principio fundamental de dignidad humana como fuente de todos los derechos”.

6.3. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, es otra de las Cortes Supremas que utiliza en forma uniforme el estándar *favor persona*, tanto en su vertiente normativa como interpretativa. Así en su fallo 3435 de 1992 y su aclaración N° 5759-93, explicita la vertiente normativa del principio *favor persona*

determinando la prevalencia de la norma que mejor asegura derechos entre una norma constitucional y una norma internacional, especificando lo siguiente:

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

Posteriormente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en su sentencia N° 148-05 de 22 de febrero de 2005, determina sobre la materia lo siguiente:

“Cabe destacar al respecto que la jurisprudencia ha señalado con especial énfasis que en el Estado Social de Derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden “El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio”. Por lo que “Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento”.

Por último, desde el enfoque netamente interpretativo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en su sentencia de 16 de febrero de 2012, precisa que

“La vulneración proviene de no dar validez para demostrar la existencia de la convivencia de la accionante y su difunto esposo a las pruebas que, como regla general, se aceptan para evidenciar este tipo de hechos. En efecto, no obstante se presentaron las declaraciones extrajudiciales ante notario en que dos personas afirmaban, bajo la gravedad del juramento, que la señora Cuero Valencia convivía con el señor Rafael Lozano Pedroza –lo que, de acuerdo con la propia resolución del Grupo Interno que niega el reconocimiento, es la regla general para demostrar convivencia (numeral 11 de la resolución 1142 de 2010, en folio 11)–, el valor probatorio de las mismas fue desechado sin que existiera prueba clara y definitiva de lo contrario, es decir, sin que exista demostración que no deje lugar a duda respecto de la no convivencia de la accionante con el difunto. Esta decisión desconoce el principio de favorabilidad que debe aplicarse en la interpretación y análisis de las situaciones que afectan derechos fundamentales, el cual aboga por preferir la lectura que mayores garantías ofrezca a los derechos involucrados en la situación examinada”.

6.4. El Tribunal Constitucional chileno

El Tribunal Constitucional chileno ha asumido este postulado o principio de interpretación constitucional en diversos fallos, en su vertiente interpretativa, siendo uno de los primeros, la sentencia Rol N° 740-07, de 2008, donde se destaca la vertiente interpretativa del principio *favor persona*, independientemente de si éste ha sido aplicado adecuadamente, señalando al efecto:

"Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del nasciturus, obliga al juez constitucional a aplicar el principio "favor persona" o "pro homine" en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al "servicio de la persona humana" y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud"⁴⁸¹

Además, el Tribunal Constitucional chileno aplica el principio *favor persona*, desarrollado por la Opinión Consultiva N° 5/1985 de la Corte IDH, en aplicación del artículo 29 de la CADH, en la sentencia Rol N° 1361-09, sobre la LEGE de 2009. En esta jurisprudencia, el Tribunal confunde el principio *pro homine* con el subprincipio *favor libertatis*, indicando:

"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)"⁴⁸²

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional chileno en requerimiento de inaplicabilidad deducido respecto del artículo 137 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, vuelve a referirse al principio *favor persona*, en la perspectiva del sub principio *favor libertatis*, en los siguientes términos:

"Que toda interpretación constitucional debe tender, por una parte, al máximo respeto y promoción de los derechos y libertades fundamentales, en consideración al principio *favor libertatis*, derivado de que éstos son anteriores al Estado, pero igualmente garantizar el adecuado funcionamiento del Estado democrático de Derecho, constituido precisamente para su resguardo y legítimo ejercicio"⁴⁸³

A su vez, el Tribunal Constitucional chileno en sentencia Rol N° 1484-09, de 5 de octubre de 2010, hace uso del principio *favor persona*, para rechazar un recurso

⁴⁸¹ STC, Rol N° 740-07, de dieciocho de abril de dos mil ocho, considerando 69°.

⁴⁸² STC, Rol N° 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73°.

⁴⁸³ STC, Rol N° 1191, de 19 de mayo de dos mil nueve, considerando 19°.

de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 186 del Código Procesal Penal, en la medida que este puede ser interpretado sosteniendo que la expresión "cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente" se refiere no sólo al imputado sino que también abarca a la víctima o querellante particular. Su argumentación jurídica fue la siguiente:

"Que, a mayor abundamiento, un juicio de constitucionalidad, como el que en esta oportunidad se realiza, no puede prescindir del hecho de que las normas que confieren derechos deben interpretarse de tal manera que potencien el goce del respectivo derecho y no al revés. Esta afirmación no es sino una consecuencia del clásico principio de interpretación *favor homine* o *favor persona* que obliga, precisamente, al intérprete normativo a buscar aquella interpretación que más favorezca los derechos de la persona antes que aquella que los anule o minimice. En palabras de Rubén Hernández Valle, "el citado principio, junto con el de *pro libertatis*, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos y significa que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano". (Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional. Grupo Editorial Kipus, Cochabamba, 2007, p. 48).

Es así como una interpretación amplia del artículo 186 del Código Procesal Penal, en lo que respecta a la persona "afectada" por una investigación que no se ha formalizado, que incluya tanto al imputado como a la víctima o querellante, resulta, también, más acorde con el aludido principio hermenéutico cuya fuente última se encuentra en la consagración del valor de la dignidad de la persona en el inciso primero del artículo 1° de la Carta Fundamental. Al mismo tiempo, refuerza el Estado de Derecho, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Ley Suprema, al realzar, en todo su vigor, los derechos que ella garantiza"⁴⁸⁴

En quinto lugar, en Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1881-10 de 3 de noviembre de 2011, sobre aplicabilidad del artículo 102 del Código Civil, el voto concurrente de los Ministros Carmona, Fernández Fredes, García y Viera-Gallo, aplica el principio *favor persona* y el subprincipio *favor libertatis*, al referirse a las normas convencionales internacionales del PIDCP y la CADH sobre el derecho a contraer matrimonio.

En sexto lugar, el Tribunal Constitucional chileno en rol N° 567 de 2010 en el caso sobre inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad, aplica control de convencionalidad y principio *favor persona*, asumiendo la jurisprudencia de la Corte IDH en el considerando 35°, que considera la libertad de expresión como "un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, por lo que comprende además del derecho a comunicar, el derecho a conocer opiniones, relatos y noticias; señalando que el derecho a conocer la información y opinión ajena tiene tanta importancia como el derecho a difundir la propia", invocando a tal efecto

⁴⁸⁴ STC, Rol N° 1484, de 5 de octubre de 2010, considerando 25°.

la sentencia de la Corte IDH en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, en su sentencia de 22 de noviembre de 2005.

El Tribunal Constitucional determinará aplicando el principio *favor persona* que conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH y el TEDH no puede limitarse la expresión de ideas, “*aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades, como lo han señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Parti Communiste Unifié de Turquie et autre c. Turquie, p. 43, y Refah Partisi et autres c. Turquie, p. 89)*”. Luego, el Tribunal Constitucional en el considerando 41° de la sentencia, refiriéndose a las normas que restringen la libertad de expresión y que sancionen la apología del odio, asumiendo también los estándares de la Corte IDH fijados en la sentencia *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, concretando control de convencionalidad, precisa “*que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal*” (Caso Castillo Petruzzi y otros, p. 121). Agregando que la ambigüedad de la ley podría “*abrir el camino a toda suerte de arbitrariedades por parte de la autoridad, pues tal como ha razonado este Tribunal “todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados*” (considerando 40°). Así el Tribunal Constitucional realiza una interpretación receptiva de la jurisprudencia de la Corte IDH, mediante la asimilación de la ratio decidendi de la sentencia del caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.

6.5. La Corte Suprema de El Salvador

La Corte Suprema de El Salvador, en sentencia de 2004, ha determinado la aplicación del principio *favor persona*, precisando:

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

“En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el [derecho internacional de los derechos humanos], en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho

interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional de los derechos humanos”.⁴⁸⁵

6.6. El Tribunal Constitucional del Perú

El Tribunal Constitucional del Perú considera y aplica el principio *favor persona*, en la vertiente normativa e interpretativa en su aplicación de derechos fundamentales. Así en su sentencia EXP. N° 02005-2009-PA/TC, de 16 de octubre de 2009, determina:

“6.1.2. Principio *pro homine*.

“33. El principio *pro homine* es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma iusfundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N° 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos”.

6.1.3. Principio *pro debilis*

34. Debe también servir como pauta interpretativa de los derechos fundamentales implicados en el presente caso el principio *favor debilis*, *pro debilis* o principio de protección a las víctimas, que junto con el principio *pro homine* antes anotado, configuran el principio de centralidad del ser humano. Este principio manda que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra”.

En segundo lugar, el mismo Tribunal Constitucional del Perú, en su sentencia en EXP. N° 04657-2008-PA/TC, desarrolla el principio *pro homine* en la perspectiva del subprincipio *pro actione* y en la perspectiva de asumir el principio *iura novit curia*, al respecto señala:

⁴⁸⁵ SCSJ El Salvador: Sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de 1° de abril de 2004, considerando 3°.

"2. En primer lugar, este Tribunal considera oportuno precisar que no comparte el criterio esgrimido por las instancias judiciales anteriores para declarar la improcedencia de la demanda. Dicho criterio se encuentra sustentado en la mera aplicación de las normas procesales, sin tener en cuenta que en el marco de los procesos constitucionales, como lo es el amparo, dichas normas deben ser interpretadas en atención al principio *pro homine*, en virtud del cual, en caso de duda en el sentido en que debe aplicarse la norma, debe preferirse el sentido que tienda a la mejor optimización de la protección de los derechos fundamentales invocado". 3. Este principio se encuentra recogido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional cuando señala, en su tercer párrafo, que el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales; y en su cuarto párrafo que cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación. Asimismo, de conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, corresponde al juez constitucional aplicar el derecho correspondiente al caso traído a su conocimiento así no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

"4. En el caso de autos es cierto que el demandante no señala en forma clara y precisa cuál sería el acto lesivo en concreto que estaría contraviniendo de sus derechos constitucionales, específicamente aquellos contenidos en el artículo 139° numeral 2 de la Constitución. No obstante, del análisis de los documentos obrantes en el expediente y en cuestión estaría constituido por la conducta renuente del magistrado emplazado a hacer cumplir el mandato contenido en una sentencia favorable al demandante que fuera expedida por el Tribunal, lo cual devendría en una afectación al derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, en lo que se refiere específicamente al derecho de todo justiciable a obtener la ejecución de aquella resolución judicial que le sea favorable en un plazo razonable.

"5. En consecuencia, habida cuenta de que, a pesar de que el demandante no ha precisado debidamente el acto lesivo y los derechos afectados, ha sido posible identificarlos a partir del análisis de los documentos obrantes en el expediente, corresponde, en aplicación de los principios reseñados en los fundamentos 2 y 3 supra, esto es, el principio *pro homine* y el principio *iura novit curia*, entrar a analizar el fondo del asunto".

Finalmente, el Tribunal Constitucional del Perú, en su sentencia ONG "Acción de lucha anticorrupción", Exp. N° 02005-2009. PA/TC, de 16 de octubre de 2009, determinó que el principio *favor persona* informa al conjunto del derecho de los derechos humanos y determina que, ante una pluralidad de normas aplicables, debe optarse por la que garantice de la manera más extensa y efectiva posible los derechos fundamentales.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Puede sostenerse que todos los Estados parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos están vinculados por el principio *favor persona* en virtud de la norma específica del artículo 29 literal b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que sería reforzada en su caso por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en sus respectivos artículos 5°.

Dicho principio *favor persona*, en su doble vertiente normativa e interpretativa, debe ser aplicado por todos los órganos estatales y, especialmente por los tribunales, en virtud de las obligaciones convencionales del Estado.

Asimismo puede señalarse una tendencia creciente en América Latina a constitucionalizar el principio *favor persona*, la que en diversas ocasiones va de la mano con el establecimiento de un bloque constitucional de derechos.

Como se ha visto, aun en los Estados en que no se encuentra constitucionalizado el principio *favor persona*, los tribunales constitucionales y cortes supremas lo utilizan para resolver casos de derechos fundamentales, ya sea en la vertiente normativa o interpretativa.

Cabe finalmente plantear la necesidad de aplicar el principio *favor persona* tanto en el ámbito de los derechos de las personas como en el caso de los derechos de grupos humanos como puede ser el caso de pueblos originarios; minorías nacionales étnicas, religiosas, culturales y lingüísticas, para la defensa de intereses difusos cuya titularidad corresponde a personas indeterminadas y vinculadas por circunstancias de hecho o intereses colectivos de los cuales sean titulares grupos de personas vinculadas entre sí por una relación jurídica que le sirve de base.

Consideramos, siguiendo la tendencia latinoamericana analizada, la conveniencia de establecer expresamente en el texto constitucional chileno, en el artículo 5° inciso 2°, el principio *favor persona*, en su vertiente tanto interpretativa como normativa, con el objeto de dotarlo de seguridad jurídica y eliminar las posibles dudas de su aplicación.