

## Artículos

---



# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL ENTRE TRIBUNALES NACIONALES Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ \*

## SUMARIO:

1. CONSIDERACIONES INICIALES BÁSICAS
2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNACIONAL
3. EL DIÁLOGO ASCENDENTE DE LOS TRIBUNALES NACIONALES CON LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
4. EL FIN DEL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL ENTRE TRIBUNALES NACIONALES Y CORTE INTERAMERICANA
5. DIFERENCIAS ENTRE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
6. LOS EFECTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD APLICADO POR EL JUEZ NACIONAL
7. EL ASEGURAMIENTO DE UNA INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONVENCIÓN POR EL JUEZ CONVENCIONAL INTERNO QUE EJERCE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

## 1. CONSIDERACIONES INICIALES BÁSICAS

El sistema interamericano de protección de Derechos Humanos constituye un sistema internacional acordado por los Estados del sistema interamericano con el objeto de establecer estándares mínimos comunes en

\* Artículo parte del Proyecto de Investigación Fondecyt Regular Núm. 1110016 - 2011 sobre «Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre utilización del derecho constitucional extranjero y del derecho internacional de los derechos humanos y sus implicancias para el parámetro de control de constitucionalidad» del cual el autor es investigador principal.

\*\* Catedrático de Derecho constitucional. Universidad de Talca (Chile). Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile.

materia de respeto, garantía y adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales fijados convencionalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los Estados-Parte asimismo han acordado el establecimiento de un sistema de control del cumplimiento de dichos estándares por medio de dos organismos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última constituye una jurisdicción vinculante para los Estados Parte, cuyas sentencias constituyen obligaciones de resultado, las cuales no son objeto de recurso alguno. Dicha jurisdicción mantiene la supervigilancia del cumplimiento de los fallos hasta que el respectivo Estado Parte cumple con todas las medidas de reparación determinadas por la Corte. Éste es el objeto y fin del sistema interamericano de derechos humanos.

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

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, precisa las características que identifican a los tratados de derechos humanos y las diferencias de los tratados que se concretan tradicionalmente en mutuo beneficio de los intereses de las partes contratantes:

«... los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, denominada El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana arts. 74

Sobre la materia ya se había manifestado la CIDH en sus primeras opiniones consultivas, determinando las especificidades que vienen dadas de las convenciones o tratados de derechos humanos, por el carácter de instrumentos de protección de derechos a favor de los individuos<sup>2</sup> de donde se desprende que los Estados tienen la obligación de respetar los tratados internacionales de derechos humanos y proteger a cualquier individuo que se encuentre bajo su jurisdicción.

## 1.2. Las obligaciones generales que generan los tratados de derechos humanos para los Estados-Partes: la CADH

### 1.2.a) *El deber del Estado-Parte de respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente*

El art. 1.º de la CADH determina para los Estados-Parte la obligación jurídica de respetar y garantizar los derechos asegurados por ella:

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

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

Las obligaciones contenidas en el derecho convencional internacional, con mayor razón aún si se trata de derechos fundamentales, sobre todo si

---

y 75. En el mismo sentido, se expresa la Corte Interamericana en el caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, sentencia de 24 septiembre de 1999. Competencia. Serie C Núm. 55, párrafo 42.

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

el Estado es parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el cual es parte, además, del derecho interno, constituyen para los jueces derecho directamente aplicable y con carácter preferente frente a las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyos los arts. 26 y 31.1, por una parte y el 27 de la Convención, por otra; los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales *Pacta Sunt Servanda* y *Bonna Fide*, el art. 27, a su vez, establece el deber de no generar obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales.

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

«125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que «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»<sup>3</sup>. Esta regla ha sido codificada en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>4</sup>.

Asimismo la CIDH en el caso «La última tentación de Cristo» ha precisado que:

«En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A Núm. 14, párr. 35.

<sup>4</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154, párrafo 125.

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso «La Última Tentación de Cristo» Olmedo Bustos y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Núm. 73, párrafo 87.

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

«La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos»<sup>6</sup>.

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

«... no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»<sup>7</sup>.

### 1.2.b) *El deber del Estado de adecuar su ordenamiento jurídico y conducta a las obligaciones convencionales*

A su vez, el art. 2 de la CADH establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno por los Estados parte de ella, en sus expresiones:

<sup>6</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Núm. 4, párrafo 166. La Corte se había pronunciado previamente respecto de excepciones preliminares en Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C Núm. 1.

<sup>7</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Núm. 140, párrafo 142.

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

La CADH establece la obligación general de cada Estado-Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Ello significa que el Estado debe adoptar todas las medidas para que aquello establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo determina el art. 2 de la Convención. Dicho deber general del Estado-Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del «effet utile»). Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención, como ha precisado la CIDH en su jurisprudencia<sup>8</sup>.

Podemos señalar concordando con Cecilia Medina que el art. 1.º de la CADH establece obligaciones de exigibilidad inmediata que el Estado tiene frente a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin discriminación<sup>9</sup>.

Por otra parte, es necesario referirse a la obligación general de los Estados-Parte contenida en el art. 2.º de la CADH, a través de la cual

«se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

<sup>8</sup> Corte IDH. Caso «La Última Tentación de Cristo» Olmedo Bustos y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Núm. 73, párrafo 87.

<sup>9</sup> C. MEDINA QUIROGA, «Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en *III Curso especializado para funcionarios de Estado sobre utilización del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Materiales bibliográficos* Núm. 1, San José, 2008, p. 246.



La adopción de medidas legislativas que la CADH establece como deber del Estado cuando no se encuentran debidamente asegurados y garantizados los derechos convencionales, implica el deber estatal de adoptar medidas que adecuen el derecho interno, desde el texto constitucional hasta la última disposición administrativa, de manera que el ordenamiento jurídico del Estado-Parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH. Sobre dichos estándares el Estado tiene siempre la libertad de asegurar mayores atributos y garantías de los derechos que los establecidos convencionalmente. Asimismo, en la materia rigen como reglas interpretativas básicas contenidas en la misma Convención, en su art. 29, los postulados o principios de «progresividad» y «favor persona»<sup>10</sup>, este último derivado del art. 29, literal b de la CADH, lo que posibilita aplicar los estándares de otros tratados en que el Estado forme parte que establecen estándares superiores de atributos y garantías de los derechos a los contenidos en la CADH.

Al ratificar la CADH como también otros tratados sobre derechos humanos, el Estado, en el ejercicio de su potestad pública soberana ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior al mismo, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana que se expresa en el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales, los cuales se constituyen como un límite al ejercicio del poder estatal. En tal sentido, ello implica reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de tales derechos, reconociendo los estados partes de la CADH, jurisdicción a la

<sup>10</sup> El principio pro homine o favor persona la CIDH lo ha aplicado reiteradamente, a manera ejemplar se pueden citar en las Opiniones Consultivas 1/82, párrafo 24; OC-5/85, La Colegiación Obligatoria de Periodistas Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo. 52; la Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 agosto de 1986, especialmente Opinión separada Magistrado Rodolfo Piza Escalante; la Opinión Consultiva OC 18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrafo 156; como en los casos contenciosos, entre los cuales puede citarse el Caso Ricardo Canese, párrafos. 180 y 181; el Caso de la «Masacre de Mapiripán», párrafo 106; el caso «Ivcher Bronstein con Perú», párrafos 42 y 54.

CIDH para que ésta determine con carácter vinculante y con la obligación del Estado-Parte de acatar la sentencia y concretarla como obligación de resultado, aunque ello implique la reforma misma de la Constitución, como ocurrió en el caso «La última tentación de Cristo», donde la sentencia de la CIDH ordenó que el Estado de Chile debía modificar el art. 19 Núm. 12, inciso final, de la Constitución, por ser contrario al art. 13 de la Convención que asegura el derecho a la libertad de expresión e información sin censura previa.

El Estado-Parte de la CADH debe eliminar de su ordenamiento jurídico y está impedido de crear o generar leyes que vulneren los derechos asegurados convencionalmente<sup>11</sup>, como ocurrió en el caso «Almonacid Arellano vs. Chile con el DL 2191 de 1978 de Amnistía; o en el caso «La Cantuta vs. Perú»<sup>12</sup> con leyes de amnistía<sup>13</sup>, o más recientemente, en el caso «Gelman vs. Uruguay»<sup>14</sup> sobre la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, determinando que estos preceptos legales carecen de efectos jurídicos, esto es, son inaplicables.

Los Estados-Parte de la CADH deben abstenerse de emitir resoluciones judiciales que constituyan actos arbitrarios e írritos que vulneren derechos humanos, los cuales se declaran sin valor y eficacia jurídica, como ha ocurrido en el caso «Palamara Iribarne vs. Chile»<sup>15</sup>, como asimismo, en el caso «Almonacid Arellano vs. Chile»<sup>16</sup>, o el reciente caso «Atala y niñas vs. Chile» para sólo señalar tres casos chilenos.

<sup>11</sup> 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 Núm. 14.

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C Núm. 162

<sup>13</sup> Como se explicita en el caso, «En consecuencia dichas “leyes” no han podido generar efectos, no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro».

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C Núm. 221, párrafo 223.

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Núm. 135

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154.

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

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

«123. La descrita obligación legislativa del art. 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el art. 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el art. 1.1 de la Convención Americana»<sup>17</sup>.

En tal perspectiva, no debe olvidarse que cuando llega un caso al sistema interamericano de protección de derechos fundamentales y el Estado es condenado, es porque ha fallado una instancia jurisdiccional del sistema

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154, párrafo 123.

nacional, ya que para acceder al sistema interamericano deben haberse agotado previamente las instancias jurisdiccionales internas. Así ocurrió con los casos chilenos «La última tentación de Cristo»<sup>18</sup>, «caso Palamara»<sup>19</sup>, caso «Claude Reyes vs. Chile»<sup>20</sup> y caso «Almonacid y otros vs. Chile»<sup>21</sup>.

Es conveniente dejar establecido que la CIDH ha establecido que no existe jerarquía entre los derechos específicos protegidos en la CADH, lo que no permite afirmar la existencia de un núcleo de derechos más importante que otros de aquellos asegurados convencionalmente: «no hay jerarquía de derechos en la Convención»<sup>22</sup>, sino solo hay algunos que son más protegidos que otros durante los estados de excepción constitucional.

En definitiva, cuando un Estado ha manifestado su consentimiento en aceptar la competencia de órganos internacionales de protección de derechos humanos admite que la determinación de la infracción del Pacto o Convención Internacional determinado por dichos órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, según sea el caso, genera la responsabilidad internacional del Estado, con todas sus consecuencias jurídicas y políticas.

<sup>18</sup> Corte IDH. Caso «La Última Tentación de Cristo» Olmedo Bustos y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C Núm. 73. El caso llega a la CIDH después de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>19</sup> Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Núm. 135. El caso llega a la CIDH después de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas y Juzgado Naval de Magallanes.

<sup>20</sup> Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 151. La CIDH conoce de la materia después de pronunciamientos de sentencias en Recurso de Protección de la Corte de Apelaciones de Santiago y de sentencia en recurso de Queja de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>21</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154. La CIDH se pronuncia después de sentencias de la Corte Marcial y de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>22</sup> Corte IDH, «caso Villagrán Morales y otros caso «niños de la calle» vs. Guatemala», Sentencia de 26 de mayo de 2001.

En el caso de la CADH, debemos tener presente que su art. 68,1, precisa que «los Estados partes han asumido el compromiso de cumplir las decisiones de la Corte, en todo caso en que sean partes; de allí que las sentencias de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento».

El control de convencionalidad constituye como señala Albanese una «garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente»<sup>23</sup>, con sus fuentes internas, internacionales o supranacionales.

## 2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNACIONAL

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

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

<sup>23</sup> S. ALBANESE (Coord.) 2008. *El control de convencionalidad*, Ed Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 15.

más derechos específicos asegurados por la CADH. Puede sostenerse, por tanto, que, desde su primera sentencia, la CIDH ha ejercido control de convencionalidad<sup>24</sup>.

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

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

Este mecanismo se ha reforzado por la puesta en cuestión de la autoridad de cosa juzgada especialmente en materia penal por la jurisdicción interna, debiendo reexaminarse las decisiones jurisdiccionales internas consideradas contrarias a la Convención Americana sobre derechos humanos, como ha sido precisado en *Barrios Altos vs. Perú* y *Almonacid Arellanos vs. Chile*.

La CIDH en base al *corpus iuris* interamericano va construyendo el patrimonio jurídico común mínimo de los Estados Americanos. Las concepciones comunes se van desarrollando y consolidando, contribuyendo a ello la jurisprudencia de las jurisdicciones de los estados signatarios.

<sup>24</sup> Sobre el desarrollo del concepto de control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ver: J.C. HITTERS, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación»; en *Revista Estudios Constitucionales* año 7, 2009, Núm. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, Universidad de Talca. pp. 109-128.

Es a partir del examen de la evolución de las jurisprudencias nacionales que la CIDH desarrolla la interpretación evolutiva de la CADH. Ella lo hace teniendo en cuenta los cambios sociales percibidos por los jueces internos en la estructura y concepción de la familia, el matrimonio, el transexualismo, sobre la vida humana, su inicio y su término, para solo señalar algunos de ellos.

La efectividad de las decisiones de la CIDH reposa entre otros aspectos, en la voluntad cooperadora de los jueces nacionales. Aun cuando la decisión no sea en un caso concreto de un Estado-Parte, la jurisprudencia de la CIDH constituye para los jueces de todos los Estados-Parte una fuente de inspiración, como asimismo constituye un argumento de autoridad en que apoyar las decisiones jurisdiccionales nacionales.

### **El control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales en cuanto Estado-Juez**

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

El juez nacional es el juez natural de la CADH. Es él el cual, en primer lugar, hace la aplicación y arriesga la interpretación. Es en reacción, positiva o negativa, a sus tomas de posición preliminares que la CIDH construye el derecho interamericano. Se concreta así entre las jurisdicciones de los estados y la CIDH un diálogo y cooperación leal, donde la base de las discusiones ulteriores está constituida por las decisiones de los jueces nacionales.

El juez nacional en tanto que intérprete y aplicador de *corpus iuris* interamericano, es llevado a conocer un contencioso antes que este llegue a manos de la Corte Interamericana, por tanto, respondiendo a los medios

invocados por las partes deberá considerar en lo pertinente la CADH y el corpus iuris interamericano, debiendo realizar una interpretación del mismo, considerando la jurisprudencia de la CIDH, si existe, sobre la materia. El no hacerlo genera el riesgo de la condenación del Estado-Parte por violación de derechos humanos, siendo el acto responsable de tal vulneración el de un tribunal nacional.

El juez nacional debe aplicar el corpus iuris interamericano y la jurisprudencia de la CIDH, y también los métodos de interpretación desarrollados por la CIDH; la interpretación evolutiva, la interpretación dinámica, el principio favor persona; el principio de progresividad; el principio de ponderación; todo lo que constituye una fuente de ampliación de su poder creador de derecho.

El juez nacional puede proponer interpretaciones de la CADH y el corpus iuris interamericano que enriquezcan la visión del mismo, ya que dichas cuestiones no han sido abordadas antes por la CIDH no existiendo pronunciamientos acerca de ellas. En tal sentido el juez nacional puede desarrollar una interpretación innovadora. Él puede iniciar un diálogo en dirección del juez interamericano, el que luego puede ser retomado por este último, como ya señalaba F. Sudre<sup>25</sup>.

El juez nacional debe proceder a esta innovación, estudiando la jurisprudencia interamericana para pronosticar cuál será la solución desarrollada por el juez interamericano en contenciosos inéditos. Si el juez nacional actúa de otra manera arriesga la condenación posterior de parte de la CIDH.

El juez nacional puede también proceder a una interpretación extensiva que lo lleve más allá de la interpretación desarrollada por la CIDH. El juez nacional puede asumir una interpretación de la Convención que favorece una ampliación del campo de aplicación del derecho garantizado y, en consecuencia, sometiendo al respeto de este derecho situaciones que no han sido analizadas ni resueltas por la jurisprudencia de la CIDH.

<sup>25</sup> F. SUDRE, «A propos du “dialogue des juges” et du control de conventionalité», en *Études en l’Honneur de Jean Claude Gauthron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*. Ed. A. Pedone, Paris, 2004, p. 218.



Se inserta en el principio de subsidiaridad el dejar a las instancias nacionales la libertad de garantizar una protección de los derechos superior al estándar conferido por la CIDH. Nada impide al juez nacional ir más allá de las soluciones de San José, desarrollando una tarea más dinámica que la de la CIDH, lo que podría influir en la modificación de la jurisprudencia interamericana.

Esta tarea del juez nacional de anticipación utilizando el *corpus iuris* interamericano, sirve doblemente al justiciable. Por una parte, le evita un recurso largo y fastidioso ante la jurisdicción interamericana, iniciándolo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por otra, permite el enriquecimiento mutuo de la jurisprudencia interamericana y nacional en favor de una mayor efectividad de los derechos convencionales.

Hay así un intercambio bilateral o multilateral mediante el entrelazamiento de propósitos en un mismo *logos* o coloquio, que reposa sobre un reforzamiento de cada uno a su convicción de construir soluciones mediante un esfuerzo común.

Las soluciones innovadoras de la judicatura nacional podrán influir a la CIDH, para lo que deberá esperarse que el juez interamericano conozca un caso similar, por lo que el diálogo, mientras ello no ocurra, será solo potencial, o si la CIDH retoma la jurisprudencia nacional en un caso futuro. El diálogo será entonces efectivo.

Los jueces nacionales no deben tener una actitud pasiva o una actitud de autonomía frente a la CIDH, sino una actitud de cooperación y de coordinación voluntaria donde el juez nacional no solamente buscará comprender el espíritu de las soluciones jurisprudenciales emitidas por la CIDH, sino que asume un rol activo de interpretación y aplicación de la Convención en derecho interno.

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

«124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jue-

ces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana»<sup>26</sup>.

La obligación por parte de los jueces nacionales de concretar el control de convencionalidad fue reiterada en forma uniforme en diversos fallos de la CIDH, sin mayores variantes<sup>27</sup>, hasta llegar al caso «Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú», donde la CIDH precisó en mejor forma el control de convencionalidad, señalando que:

«128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermao o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también «de convencionalidad» ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes»<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Núm. 154, párrafo 124.

<sup>27</sup> Los casos «La Cantuta vs. Perú», sentencia del 29 de noviembre de 2006, considerando 173; en el caso «Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros vs. Perú», Serie C Núm. 162, del 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

<sup>28</sup> 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 Núm. 158., párrafo 128.

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

«180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías<sup>29</sup>. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina «control de convencionalidad», según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos»<sup>30</sup>.

En el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010<sup>31</sup>, la CIDH, introduce nuevas precisiones al control de convencionalidad que deben desarrollar las jurisdicciones nacionales:

«225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la

<sup>29</sup> Cfr. Caso Castillo Petrucci y otros, supra nota 17, párr. 207; Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 10, párr. 118, y Caso Salvador Chiriboga, supra nota 6, párr. 122.

<sup>30</sup> Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C Núm. 186, párrafo 180.

<sup>31</sup> Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Núm. 220.

Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

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

«193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana»<sup>32</sup>.

En el Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, reitera elementos básicos de dicho control de convencionalidad y precisará su carácter de intérprete último de la Convención Americana:

<sup>32</sup> Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C Núm. 221, párrafo 193.

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

«284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso»<sup>33</sup>.

Esta perspectiva se ha reiterado uniformemente hasta el presente en muchos casos por la CIDH<sup>34</sup>, con el objeto de que dicha obligación de concretar el control de convencionalidad sea efectivamente desarrollada por las jurisdicciones nacionales, lo que posibilita, asimismo, descargar a la CIDH de un cúmulo de casos que perfectamente pueden ser asumidos por

<sup>33</sup> CIDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile., de 24 de febrero de 2012. Serie C Núm. 239, párrafos 282 y 284.

<sup>34</sup> Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C Núm. 186, párrafo 180; Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C Núm. 209, párrafo 339. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C Núm. 213, párrafo 208, nota 307; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C Núm. 214, párrafo. 311; Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C Núm. 215, párrafo 234; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C Núm. 221, párrafo 193. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 fondo, reparaciones y costas, párrafo 226. Caso «Atala Riffo y niñas vs. Chile», Sentencia de 24 de febrero de 2012

los jueces nacionales por aplicación de la Convención y de la interpretación de sus enunciados normativos sobre derechos que ya han sido interpretados y aplicados por la CIDH, existiendo claras líneas jurisprudenciales de ésta sobre la materia.

La obligación de aplicar el control de convencionalidad interno por el Estado-Legislador, por el Estado-Administrador y por el Estado-Juez ya existía previamente al caso «Almonacid Arellano vs. Chile». Lo que hace la CIDH en este caso es simplemente bautizar la obligación de los jueces nacionales como «control de convencionalidad», que no tiene nada de original ya que así se llama también este control que se practica desde hace varias décadas en Europa respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos.

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

Pueden sintetizarse los elementos que componen el control de convencionalidad de acuerdo al diseño establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los siguientes contenidos:

1. Todos los órganos del Estado-Parte, incluidos los jueces de todos los niveles están obligados a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, concretando un control de convencionalidad de las normas jurídicas internas.
2. Este control de convencionalidad deben realizarlo los jueces nacionales y los demás órganos estatales ex officio, otorgándole un efecto útil que no sea anulado por aplicación de leyes contrarias a objeto y fin.
3. En dicho control debe tenerse en consideración no sólo el tratado sino la interpretación que de éste ha realizado la Corte Interamericana como su intérprete auténtico y final.
4. El control de convencionalidad se ejerce por cada órgano estatal y por los jueces dentro de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales vigentes.

5. En base al control de convencionalidad es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos.
6. En el control de convencionalidad no se aplica sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino el corpus iuris vinculante para el Estado-Parte, en virtud del art. 29 de la CADH.

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

En este velar por el respeto de los estándares mínimos determinados convencionalmente respecto de los atributos y garantías de los derechos, los jueces deben aplicar siempre el principio de progresividad y favor persona<sup>35</sup> que se encuentran en las normas de interpretación de derechos con-

<sup>35</sup> Ver entre otros, M. PINTO, «El principio Pro Homine», en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editorial del

tenidas en el art. 29 literal b de la CADH<sup>36</sup>, como asimismo, en el art. 5.º del PIDCP<sup>37</sup>, entre otros tratados de derechos humanos.

Por otra parte, a partir de la última década del siglo pasado y los primeros años de la nueva centuria, las Constituciones han empezado a positivar en los textos constitucionales los postulados de interpretación básicos en materia de derechos humanos<sup>38</sup>, como son la interpretación con-

---

Puerto, Buenos Aires, 1997. G. BIDART CAMPOS, «Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine», en G. BIDART CAMPOS y A. GIL DOMÍNGUEZ, coords., *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001. A. VILLAREAL y F. ÁLVARO, «El principio pro homine: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado», en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 5, junio, 2005, pp. 337-380.

<sup>36</sup> Art. 29 Literal b CADH, prescribe que ninguna disposición del mismo puede ser interpretada en el sentido de «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados».

<sup>37</sup> Art. 5.º PIDCP: «1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado».

<sup>38</sup> La Constitución de Bolivia de 2009, en su art. 13.IV. determina que «los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia». La Constitución de Colombia en su art. 93 determina: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia». La Constitución Ecuatoriana de 2008, en su art.



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

---

417 prescribe que «en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución». La reforma constitucional de México de 2011 en el art. 1.º, incisos 2.º y 3.º de la Constitución, precisa: «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley». La Constitución de la República Dominicana de 2010, en su art. 74, numeral 3.º, 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». La Constitución del Perú de 1993, en su disposición cuarta transitoria dispone: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». La Constitución de Venezuela de 1999, en su art. 23, determina: «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

El control de convencionalidad deben concretarlo todos y cada uno de los jueces cuando lo soliciten las partes, pero si ellas no lo demandan constituye un deber del juez aplicar el control de convencionalidad «ex officio», como se explicita en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros Vs. Perú*, manteniéndose uniformemente dicha línea jurisprudencial hasta la actualidad.

La CIDH entiende que los jueces nacionales conocen y deben aplicar el derecho convencional, *iura novit curia*<sup>39</sup>, por ser no solo derecho internacional ratificado y vigente, de aplicación preferente, sino también derecho interno. Por tanto, cada vez que un juez dentro de sus competencias y de acuerdo a los procedimientos establecidos deja de aplicar el derecho convencional que asegura los derechos fundamentales está generando un acto írrito que carece de valor jurídico, siendo un acto contrario a derecho, un acto que vulnera derechos humanos y genera responsabilidad internacional del Estado (en cuanto el juez es un agente del mismo Estado, es el Estado-Juez) si ello no se corrige en el derecho interno, antes de llegar al sistema interamericano.

En esta tarea de control de convencionalidad, los jueces no solo deben tener en consideración la norma jurídica positiva que se encuentra en el tratado, sino también la interpretación auténtica que ha establecido la CIDH, en el ámbito de su competencia de interpretación y aplicación de la convención, en cuanto interprete último de los derechos asegurados y garantizados en la Convención<sup>40</sup>, según lo dispuesto en ella misma, como lo determina la CIDH desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. La CIDH entiende que su jurisprudencia debe servir de base para la aplicación de la CADH, así lo establece claramente en otras sentencias, entre ellas, «*Boyce y otros vs. Barbados*», cuando determina que los jueces deben «... tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Conven-

<sup>39</sup> El juez dispone de la facultad y el deber de aplicar las disposiciones convencionales en el litigio, aun cuando las partes no las invoquen.

<sup>40</sup> Sobre este aspecto ver art. 62.1 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

ción»<sup>41</sup>. Así, la interpretación formulada por la CIDH debe entenderse incorporada a la norma interpretada mientras ella no cambie de posición, de la misma manera que se entiende operativa la interpretación de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional respecto de la norma constitucional interpretada, en aquellos casos en que dicha interpretación es vinculante.

No podemos sino concordar con Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado en la sentencia de la CIDH en el Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México cuando afirma que «la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere «eficacia directa» en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como «parte material». Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce «efectos expansivos» de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia»<sup>42</sup>.

El control de convencionalidad implica que todos los jueces de los Estados-Parte de la Convención en cuanto expresión del Estado-Juez se encuentran vinculados por ésta, como asimismo por la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos del mencionado instrumento. Ello implica que los Estados-Parte del sistema deben asumir, más allá del Estado específico directamente obligado por la respectiva sentencia de acuerdo al art. 68 numeral 1 de la CADH, la «ratio decidendi» o «holding» de la sentencia, en cuanto interpretación fidedigna y auténtica de la Convención emanada de su intérprete final, lo que constituye un aporte jurisprudencial de la CIDH al desarrollo del sistema interamericano, dando lugar a lo que algunos autores han llamado «interpretación mutativa por

<sup>41</sup> Corte IDH: Caso «Boyce y otros vs. Barbados», párrafo 78; «Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile», párrafo 124.

<sup>42</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, en voto razonado en Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Núm. 220, párrafo 79.

adición»<sup>43</sup>. Para facilitar la eficacia general con efectos de norma interpretada, que tienen los fallos de la CIDH, la CADH, en su art. 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», con el objeto de que tengan un conocimiento acabado del bloque convencional interpretado por la CIDH, como intérprete final del corpus iuris interamericano.

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

Concordamos con Lucchetti, cuando éste destaca la labor del juez en la protección y garantía de los derechos convencionales, ejerciendo de oficio el control judicial de convencionalidad, «y para cumplir con este mandato el juez del Estado-Parte debe agudizar al máximo su imaginación con el propósito de encontrar el o los caminos a tales fines, tomando como punto de partida la interpretación ya dada a esos derechos y garantías por la Corte Interamericana y, de más está decir, que la interpretación de los jueces de un Estado parte debe estar en estricta consonancia con lo prescrito en el art. 29 de la Convención Americana»<sup>44</sup>.

En el control de convencionalidad interno se concreta una especie de comunicación interjurisdiccional entre la CIDH y los tribunales nacionales de todo orden<sup>45</sup>, una interacción que tiene un carácter más bien vertical

<sup>43</sup> V. THURY CORNEJO, «La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana». Documento inédito presentado a las *Jornadas Argentino, Chileno, Peruano, Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional*. Montevideo, Uruguay, octubre de 2011, p. 4.

<sup>44</sup> A. LUCCHETTI, «Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad» en S. ALBANESE, Coord., *El control de convencionalidad*. Ed. Ediar Buenos Aires, 2008, p. 142.

<sup>45</sup> Ver voto concurrente de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia de la CIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fon-

por la posición de control final que desarrolla la CIDH respecto de la aplicación de los derechos efectuada por las jurisdicciones domésticas.

La CIDH busca que los tribunales domésticos implementen la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de la CIDH, con escaso margen de apreciación para los tribunales nacionales. El uso que la CIDH hace de la jurisprudencia de los tribunales domésticos en sus sentencias es la de destacar los fallos nacionales que cumplen con los estándares definidos por ella, como se explicita por la CIDH en el caso «Gelman vs. Uruguay», respecto de los fallos de la Corte Suprema del Uruguay acerca de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, como los fallos de otros tribunales latinoamericanos sobre la misma materia<sup>46</sup>.

A su vez, puede señalarse que la línea jurisprudencial de la CIDH junto con resolver los casos concretos de violación de derechos humanos ha contribuido a que los estados innoven el ordenamiento jurídico retirando normativas inconvencionales, y a que permitan mejorar, como señala Abramovich, «las condiciones estructurales que garantizan la efectividad de los derechos a nivel nacional»<sup>47</sup>.

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

---

do, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Núm. 220, párrafo 7.º; ver también, D. GARCÍA-SAYÁN, «Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos San José, 2005, pp. 323-384.

<sup>46</sup> Corte IDH. Caso Gelman v.s Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C Núm. 221, párrafo 232.

<sup>47</sup> V. ABRAMOVICH, «De las violaciones masivas a los patrones estructurales: el nuevo enfoque y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos». *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*. Vol 6 Núm. 11, p. 10 [www.revistasur.org](http://www.revistasur.org) [http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo\\_01.htm](http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_01.htm)

### 3. EL DIÁLOGO ASCENDENTE DE LOS TRIBUNALES NACIONALES CON LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Asumiendo el corpus iuris interamericano y los métodos interpretativos de los derechos humanos se pueden establecer las bases de un diálogo, donde el juez interno tiene diversas opciones entre las cuales elegir para concretar este diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de sus resoluciones judiciales que resuelven litigios que podrán o no llegar a San José de Costa Rica.

En este diálogo interjurisdiccional a partir de la judicatura ordinaria o constitucional interna del Estado-Parte con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el juez nacional puede desarrollar diversas hipótesis interpretativas<sup>48</sup>: 1) la interpretación extensiva; 2) la interpretación innovadora; 3) la interpretación correctiva; 4) la interpretación receptiva; 5) la interpretación neutralizadora; y 6) la interpretación discordante.

#### 3.1. La interpretación extensiva

El juez nacional puede desarrollar una interpretación extensiva que puede llevarlo más allá de los alcances de la interpretación desarrollada por la CIDH. El juez nacional puede asumir así una interpretación de la Convención que favorece una ampliación del campo de aplicación del derecho garantizado y, en consecuencia, someter al respeto de este derecho situaciones que han sido analizadas con un alcance menor hasta el presente por la jurisprudencia de la CIDH en aplicación del corpus iuris interamericano<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Ver F. SUDRE, «Avant-Propos», en VV.AA, *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits de l'Homme. Cahiers de L'IDEDH Núm. 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier, 2007, p. 8-9.

<sup>49</sup> En un sentido similar para el sistema europeo, ver M. COLOMBINE, «L'anticipation. Manifestation d'un dialogue "vrai" entre juge national et juge européen», en VV.AA. *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits de l'Homme. Cahiers de L'IDEDH Núm. 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier, 2007, p. 132.

Se concreta así un intercambio bilateral o multilateral mediante uno o más tribunales nacionales ordinarios o constitucionales en el entrelazamiento de propósitos en un mismo coloquio, que reposa sobre un reforzamiento de cada uno de los tribunales participantes de los Estados-Parte de la Convención y la Corte Interamericana en su convicción de construir soluciones mediante un esfuerzo común dialogado, de fortalecimiento de los derechos fundamentales.

Las soluciones innovadoras de la judicatura nacional podrán influir en la jurisprudencia futura de la CIDH, para lo que deberá esperarse que el juez interamericano conozca un caso similar al resuelto en los planos nacionales, por lo que el diálogo, mientras ello no ocurra, será sólo un diálogo potencial. Si la CIDH considera la jurisprudencia nacional en un caso que ella conoce posteriormente el diálogo será entonces efectivo, ya sea aprobatorio o reprobatorio de la actuación de la judicatura nacional.

### 3.2. La interpretación innovadora

El juez nacional, mediante la interpretación innovadora puede abordar algunos derechos contenidos en la CADH, sobre los cuales la Corte Interamericana puede no haber emitido pronunciamientos hasta el presente. En tal hipótesis, el juez nacional se enfrenta a problemas en los que deberá crear una solución jurisprudencial inédita considerando el corpus iuris interamericano, en los que puede liberarse de la servidumbre de la ley nacional realizando una interpretación de la norma convencional inédita, con la cual franquea el derecho legislado interno y abre la vía al diálogo con el juez de la CIDH, a través de un diálogo ascendente, el cual queda suspendido hasta que la CIDH conociendo de un caso análogo confirme o revierta la decisión adoptada por el juez nacional.

La emancipación interpretativa del juez nacional llega a su máxima expresión cuando este innova; cuando confrontado al silencio de la jurisprudencia de la CIDH, censura una norma nacional bajo el fundamento directo de la CADH, estableciendo una decisión fundada sobre una interpretación que él propone de la Convención. Así el juez nacional inicia un diálogo con el juez interamericano que puede ser potencial o efectivo con la Corte Interamericana.

El Tribunal Constitucional chileno ha realizado esta interpretación extensiva a partir del derecho al nombre contenido en el art. 18 de la CADH, art. 24.2 del PIDCyP de UN y art. 7 párrafos 1 y 2 de la Convención de Derechos del Niño para desarrollar interpretativamente el derecho a la identidad como derecho esencial, que luego utiliza como parámetro de control de constitucionalidad para enjuiciar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 206 del Código Civil<sup>50</sup>.

Dicha perspectiva también ya ha sido desarrollada por otros tribunales constitucionales de América Latina, como los de Colombia y Costa Rica.

A través de la interpretación convencional que realiza el juez nacional ordinario o constitucional, éste puede en su interpretación otorgar un alcance más amplio a los atributos que integran un derecho garantizado o determinar con mayor precisión el alcance de una limitación restrictiva de un derecho fundamental, así como incorporar métodos y enfoques interpretativos con fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos.

### 3.3. La interpretación correctiva

La interpretación correctiva hace referencia a aquella jurisprudencia de los jueces nacionales que saca las consecuencias de una condena por la CIDH del Estado-Parte, lo que genera un cambio en la jurisprudencia nacional, practicando una interpretación conforme al derecho convencional.

Más allá de la voluntad que debemos presumir de buena fe que tienen los jueces de asegurar eficazmente el ejercicio de los derechos fundamentales, el alineamiento de los jueces nacionales sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una garantía para evitar tanto como sea posible una condena de la CIDH, por desarrollar el juez nacional una interpretación que no alcanza el estándar mínimo exigido por ella.

<sup>50</sup> Ver sentencias del Tribunal Constitucional chileno, entre ellas, las sentencias rol Núm. 834 de 2008 y rol Núm. 1.340 de 2009



Ésta es la conducta esperada de los jueces nacionales en virtud del mandato imperativo del art. 5.º inciso 2.º de la Constitución y el cumplimiento prevalente de los arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de las normas de interpretación de derechos contenidas en ella en su art. 29, asumiendo el principio interpretativo «pro homine» o «favor persona», que es la clave básica de interpretación en materia de derechos fundamentales.

La respuesta de los tribunales ordinarios chilenos ha sido aplicar el estándar mínimo fijado por la CIDH después de la Sentencia de «La última tentación de Cristo», no aplicando más censura judicial previa a través de medidas cautelares o sentencias en materia de libertad de expresión, además del acatamiento del Estado en el caso específico, modificando el inciso final del art. 19 Núm. 12 de la Constitución.

Ello se repite en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en virtud de cuya sentencia dictada por la CIDH, la Sala Penal de la Corte Suprema asume el estándar determinado en dicho fallo, estableciendo la no aplicación de amnistía ni prescripción a crímenes desarrollados por agentes del Estado como parte de una política institucional de eliminación física de enemigos políticos, y exigiendo la investigación, determinación de responsables, sanción penal y reparación, línea jurisprudencial que se inaugura por la Sala Penal de la Corte Suprema en sentencia rol Núm. 559-04 de 13 de diciembre de 2006.

A su vez, la sentencia de la CIDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* que determinó que la decisión de la Corte Suprema de transferir la competencia de la jurisdicción penal ordinaria a la jurisdicción militar y la decisión del Segundo Juzgado Militar de Santiago de amnistiar el caso, confirmada por la Corte Marcial, constituían decisiones írritas, por vulnerar el derecho a un tribunal independiente e imparcial, estándar que no cumplían los tribunales militares de la época, como asimismo, por vulnerar el principio de la imprescriptibilidad e inamnestiabilidad de los crímenes contra la humanidad. Dicho fallo de la CIDH implicó que las resoluciones de la Corte Suprema y de los tribunales militares señaladas, careciendo de valor jurídico desde un inicio, generara la devolución de competencia a la jurisdicción penal ordinaria, asumiéndola el Ministro en Visita de la Corte de Apelaciones de Rancagua, Carlos Moreno Vega, quién remite oficio para

que el Segundo Juzgado Militar se inhiba del conocimiento de los hechos, desarchiva los autos y los envíe al Ministro Instructor. El Juez Militar no da lugar a la inhibitoria, quedando trabada contienda de competencia que debe resolver la Corte Suprema, la que ordena remitir los autos al Ministro Instructor, el cual dicta resolución en virtud del art. 68 de la CADH que obliga al Estado a cumplir la sentencia Almonacid Arellano, realizando la tramitación de la causa, siendo acusado y condenado en ella el oficial de Carabineros Raúl Hernán Neveu Cortesi en sentencia de 18 de octubre de 2011, en causa Rol Núm. 40.184, a cinco años de presidio menor en su grado máximo, sentencia que es apelada ante la Corte de Apelaciones de Rancagua. Esta última dicta sentencia el 14 de enero de 2013<sup>51</sup>, confirmando sentencia de primera instancia, haciendo presente la no procedencia de las excepciones de prescripción, amnistía y cosa juzgada en base a la fuerza obligatoria de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así el juez nacional, de cualquier jurisdicción o instancia cuando debe conocer de un litigio o gestión judicial en la cual una sentencia de la Corte Interamericana ha determinado que la ley interna viola la Convención y los derechos humanos, se encuentra confrontado a una decisión, la de aplicar preferentemente el derecho humano y la Convención en virtud de las obligaciones constitucionales del art. 5.º inciso 2.º y el art. 54 Núm. 1, inciso 5.º, de la Constitución en armonía con los arts. 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siguiendo los estándares mínimos exigidos por la CIDH, o desafiar a la Corte Interamericana y al propio derecho constitucional chileno, aplicando la ley nacional que se encuentra por debajo de los estándares mínimos del corpus iuris interamericano y que el legislador aún no ha modificado, sabiendo de antemano que ello arriesga una condena del Estado chileno por vulneración de derechos humanos en virtud de la actuación del Estado juez.

Cada vez más la actuación prudente y de buena fe lleva a los jueces y ordenamientos jurídicos y constitucionales a alinearse con los estándares

<sup>51</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol Núm. 103-2011, de 14 de enero de 2013.

mínimos exigidos por el corpus iuris interamericano, sin perjuicio de casos excepcionales y aislados que aún se resisten a aplicar preferentemente este cuerpo jurídico con preferencia al derecho interno, lo que lleva a la senda segura de la condena del respectivo Estado-Parte por la Corte Interamericana, con la consiguiente obligación de reparación en cumplimiento obligatorio de la sentencia de la Corte de San José, de acuerdo al art. 68 de la CADH, salvo que se opte por abandonar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con todas sus consecuencias jurídicas, políticas y económicas, como ya hizo Barbados y en la senda emprendida por Venezuela.

### 3.4. La interpretación receptiva

La interpretación receptiva de los jueces nacionales es aquella que se conforma a la ratio decidendi de las sentencias de condena de otros Estados-Parte de la CADH por violación de ésta, tomando la iniciativa de cambiar su propia jurisprudencia, sin esperar que el Estado-Parte sea condenado por violación del corpus iuris interamericano para hacerlo, como asimismo ampliando los atributos y garantías de los derechos fundamentales en base a los estándares mínimos fijados por la CIDH, dejando así su huella sobre el derecho interno, completándolo o aplicando preferentemente el derecho convencional, sorteando las situaciones de inconventionalidad o estableciendo estándares de interpretación de derechos no contenidos explícitamente en el derecho interno como el principio favor persona o el principio de progresividad, el de razonabilidad y de proporcionalidad, entre muchos otros.

Puede señalarse que éste es el camino desarrollado por el Tribunal Constitucional chileno cuando aplica el principio pro homine o favor persona, desarrollado por la Opinión Consultiva Núm. 5/1985 de la CIDH, en aplicación del art. 29 de la CADH, en la sentencia 1361-09:

«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» defini-

do 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<sup>52</sup>.

En sentencia Rol Núm. 1.484-09 de cinco de octubre de dos mil diez, el Tribunal Constitucional utiliza nuevamente el postulado de interpretación favor persona pro homine aplicándolo en materia de derechos fundamentales en su considerando 25.º.

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

El Tribunal Constitucional en rol Núm. 567 de 2010 acerca de la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad, asume la jurisprudencia de la CIDH en el considerando 35.º, que considera la libertad de expresión como «un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, por lo que comprende además del derecho a comunicar, el derecho a conocer opiniones, relatos y noticias; señalando que el derecho a conocer la información y opinión ajena tiene tanta importancia como el derecho a difundir la propia», invocando a tal efecto la sentencia de la CIDH en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, en su sentencia de 22 de noviembre de 2005.

El Tribunal Constitucional chileno en aplicación de esta interpretación correctiva determinará en su sentencia de 2011 que conforme a la jurisprudencia de la CIDH 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

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73.º.

et autres c. Turquie, p. 89». Luego, el Tribunal Constitucional en el considerando 41.º de la misma sentencia, refiriéndose a las normas que sancionen la apología del odio, asumiendo también los estándares de la CIDH fijados en la sentencia Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, precisa «que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal» Caso Castillo Petruzzi y otros, p. 121. Agregando que la ambigüedad de la ley podría «abrir el camino a toda suerte de arbitrariedades por parte de la autoridad, pues, tal como ha razonado este Tribunal, «todos los conceptos que emplea la ley con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares admiten en mayor o menor medida varios significados» considerando 40.º.

### 3.5. La interpretación neutralizadora

La interpretación neutralizadora de derecho interno es definida por Sudre como una estrategia de contornear o de evitar, tendiente a neutralizar la interpretación de la norma internacional vinculante, creando, por una interpretación forzada del derecho nacional, por una relectura de la ley, una relación de adecuación entre el derecho interno y la norma interamericana o europea<sup>53</sup>.

La interpretación neutralizante permite al juez nacional, a falta de suscribir realmente la solución determinada por la jurisprudencia de la CIDH, concretar una aplicación puramente formal de la CADH, con una cierta autonomía. Lo que muestra una falta de sinceridad por una de las partes que participa del diálogo, constituyendo como explica el profesor Sudre, una estrategia de evasión o elusión tendiente a neutralizar la interpretación «... creando, por una interpretación un poco forzada del derecho nacional, es decir, por una reescritura de la ley, una relación de adecuación entre el de-

<sup>53</sup> F. SUDRE «A propos du “dialogue des juges” et du control de conventionalité», en *Etudes en l’Honneur de Jean Claude Gautron. Le dynamiques du droit européen*, Pedone, Paris, 2004, p. 210.

recho interno y la norma europea»<sup>54</sup> o, en nuestro caso, interamericana, la que es difícil de determinar en algunos casos, ya que hay una diferencia sutil entre una mala aplicación de buena fe del corpus iuris interamericano, cuando no hay cosa interpretada de la Corte Internacional competente o cuando hay una mala aplicación consciente que simplemente ignora la cosa interpretada de la Corte respectiva, en abierto desafío a la misma cuando no puede ignorar la existencia de la misma.

La interpretación neutralizante busca esconder la reivindicación de un margen de apreciación o constituye una maniobra que permite al juez nacional escaparse de aplicar la jurisprudencia de la CIDH, logrando con ello dos objetivos<sup>55</sup>. El primero, validar la legislación nacional respecto del derecho garantizado convencionalmente tal como es interpretado por el juez nacional. Así, es el contenido o atributos del derecho y sus garantías como estándar mínimo el que es neutralizado, siendo algunos de tales atributos o garantías borrados para permitir preservar artificialmente el derecho nacional. El segundo, es el de pretender, por el juez nacional, el beneficio de un cierto margen de apreciación en una materia que la CIDH no reconoce ni considera margen de apreciación.

El estudio de la interpretación neutralizante nos sitúa en el caso en que la solución desarrollada por el juez nacional, no aplica la solución que se desprende objetivamente de la interpretación auténtica de la disposición convencional efectuada por la CIDH.

El caso más trascendente es la sentencia rol 986 de 2008 o caso Aarón David Vásquez Muñoz, en el cual se analiza la ausencia de un derecho a recurrir del segundo fallo de un tribunal penal oral, después de haberse anulado el primero que había favorecido la posición sostenida por la defensa del acusado a requerimiento de la fiscalía, estableciendo el segundo fallo una condena al acusado como autor del delito de homicidio calificado con

<sup>54</sup> F. SUDRE, 2004. p. 210.

<sup>55</sup> J. DUBOIS, «La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante. En VV.AA., *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits de l'Homme. Cahiers de L'IDEDH Núm. 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier, 2007 pp. 75-76.

el agravante de alevosía, aplicándosele la pena de 7 años de internación en régimen cerrado, sentencia que se considera agravante por el acusado y sobre la cual considera que tiene el derecho fundamental a la revisión de este segundo fallo, formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en virtud de su contraposición con el derecho a la revisión de la sentencia penal asegurado por el art. 8.2 literal h de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 14 del PIDCyP de ONU.

El Tribunal Constitucional asume que el derecho al recurso es parte del debido proceso, aún cuando en este caso no hace alusión explícita a que éste es un atributo de las garantías judiciales expresamente previsto en el art. 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su art. 14, que en cuanto derechos esenciales limitan el ejercicio de la soberanía y deben ser respetados y promovidos por todos los órganos estatales, de acuerdo al art. 5.º, inciso 2.º de la Constitución. El Tribunal Constitucional en su considerando 20.º solo hace referencia a que: «... Los requirentes sostienen, en síntesis, que es un componente inseparable de la noción de debido proceso el derecho al recurso del condenado, que desde los orígenes de la Constitución Política integra dicha noción, según lo entiende «la unanimidad de la doctrina», señalando además que se encuentra consagrado en instrumentos internacionales ratificados por Chile, que contemplan el derecho a recurrir».

El Tribunal Constitucional considera que en el caso concreto, la aplicación del art. 387 del Código Procesal Penal no resulta contraria a la Constitución, como explicita en el considerando 23.º: «Que en tales circunstancias, este Tribunal Constitucional decidirá que en este caso concreto la aplicación del art. 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, no resulta contraria a la Constitución por este capítulo». El Tribunal Constitucional en su sentencia también precisará en los considerandos 38.º a 40.º que, además, el requirente tiene otros recursos que le franquea el sistema jurídico para impugnar la segunda sentencia, como son los recursos de queja y de revisión de sentencias firmes.

Dicha sentencia tendrá tres votos disidentes, cuya argumentación debemos necesariamente explicitar, ya que estos votos aluden directamente

al derecho al recurso previsto en los tratados internacionales de derechos humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.2 literal h, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.2, como asimismo, determinan que el fallo no consideró los estándares sobre derecho al recurso fijados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa con Costa Rica. Ellos sostienen que el derecho al recurso debe cumplir con los parámetros de ser un recurso ordinario y un recurso de tendencia general que revise hechos y derecho aplicable, por lo cual la sentencia no habría considerado dichos estándares mínimos.

### **3.6. La interpretación francamente discordante del tribunal nacional de la normativa convencional y la interpretación de aquella realizada por la CIDH**

Un tribunal nacional ordinario o constitucional puede diferir del alcance o interpretación dado por la CIDH en un caso determinado resuelto por ésta. En tal sentido, la jurisdicción interna del Estado sostiene que la resolución de la CIDH constituye una interpretación que considera incorrecta ya que no evaluó adecuadamente la norma de derecho interno u olvidó ponderar adecuadamente otro derecho o un atributo determinado de otro derecho que debe considerarse. El tribunal nacional en un nuevo caso sobre la misma materia, expresa su desacuerdo con la CIDH razonadamente, explicando los motivos del desacuerdo en el respectivo fallo, concretando un diálogo ascendente con la CIDH.

La Corte Interamericana podrá reexaminar la cuestión controvertida si el caso llega a la jurisdicción interamericana o en otro fallo sobre una materia similar, concretándose así un nuevo diálogo franco, leal y de buena fe. Sin embargo, la resolución del caso por la Corte Interamericana vinculará al tribunal nacional en forma obligatoria.

En el ámbito nacional no hay sentencias del Tribunal Constitucional o de los tribunales ordinarios que conozcamos que se encuentren en esta hipótesis.



#### **4. EL FIN DEL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL ENTRE TRIBUNALES NACIONALES Y CORTE INTERAMERICANA**

Una primera forma en que termina el diálogo entre tribunales nacionales y Corte Interamericana se concreta cuando ésta, en la misma materia en que se ha producido el desacuerdo de interpretación y aplicación de la norma convencional, resuelve el desacuerdo mediante su sentencia que tiene carácter vinculante y generando obligación de resultado para el respectivo Estado-Parte.

Al diálogo interjurisdiccional entre jueces internos y Corte Interamericana se le pone término también cuando el Estado-Parte a través de su poder constituyente o a través del legislador, confrontado a una disposición considerada inconvencional por la CIDH, incluso pudiendo estar ya descartada su fuerza vinculante por una aplicación preferente de la norma convencional o una interpretación favor persona por el juez nacional, elige modificar la norma jurídica interna en el sentido de adecuarla al estándar del corpus iuris interamericano y a la jurisprudencia de la CIDH o mediante la derogación de dicha normativa jurídica, como ocurrió en Chile con la modificación de la Constitución, art. 19 Núm. 12, inciso final, como consecuencia de la sentencia *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*; cuando el legislador modifica la legislación sobre justicia militar como consecuencia de las sentencias «*Palamara Iribarne Vs. Chile*» y «*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*», o cuando se crea una nueva norma constitucional, nueva legislación e instituciones como el Consejo para la Transparencia en el ámbito del derecho de acceso a la información pública y transparencia, a propósito del caso «*Claude Reyes y otros vs. Chile*», o cuando se acelera la aprobación de la ley anti discriminación después del fallo «*Atala y niñas vs. Chile*», para señalar algunos ejemplos en el plano normativo.

El diálogo también culmina cuando la Corte Suprema de Justicia pasando por encima de su propia sentencia con efectos de cosa juzgada interna, sentencia en la cual había ordenado en contienda de competencia planteada por la justicia militar respecto del juez natural, transferir los antecedentes a la justicia militar, la que sobresee definitivamente la causa sin realizar la investigación aplicando el DL de Amnistía, luego del fallo *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de la Corte Interamericana, ordena a la justicia

militar remitir el expediente al juez ordinario competente, el cual retoma la investigación, determinando responsables y sancionándolos por homicidio en el caso Almonacid Arellano, lo que es confirmado luego de apelación, en el fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua Rol Núm. 103-2011 de 14 de enero de 2013.

Las modificaciones normativas internas realizadas pueden requerir su puesta al día en virtud de la evolución y carácter dinámico que presenta la jurisprudencia de la CIDH.

## 5. DIFERENCIAS ENTRE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En efecto, el control de convencionalidad tiene como parámetro de control la CADH y los instrumentos complementarios del mismo, como determina el art. 29 de la Convención. A estos efectos, el derecho interno es un mero hecho que se conforma o no a la CADH. Sin embargo, las sentencias que se consideran en este análisis, como señala Sagüés, con quién concordamos, «se expresan en términos más generales, y refieren a la hipótesis de que un Estado haya ratificado “un tratado como la Convención”. La doctrina se aplicaría así en relación a cualquier tratado; el Pacto de San José de Costa Rica sería solamente una muestra o ejemplo de material normativo controlante»<sup>56</sup>, en tal perspectiva, pueden formar parte del parámetro de control de convencionalidad, a manera ejemplar, la Convención sobre Derechos del Niño, el Convenio 169 de la OIT, u otros instrumentos internacionales que aseguran y garantizan derechos humanos.

Sobre el uso de otros instrumentos convencionales internacionales sobre derechos fundamentales la CIDH ya manifestó su perspectiva favorable en la Opinión Consultiva 1/82, utilizando como regla el principio pro homine o favor persona, con sede en el art. 29, literal b de la CADH, sosteniendo al respecto:

<sup>56</sup> N.P. SAGÜES. «El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales», en *La Ley*, Buenos Aires, Jueves 19 de febrero de 2009, p. 2.

«La función que el art. 64 de la Convención atribuye a la Corte forma parte del sistema de protección establecido por dicho instrumento internacional. Por consiguiente, este tribunal interpreta que excluir, a priori, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a estados americanos, en materias concernientes a derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas en el art. 29.b»<sup>57</sup>.

A su vez, la CIDH, en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre «El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal»<sup>58</sup>, estableció que:

«El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados tratados, convenios, resoluciones y declaraciones. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo»<sup>59</sup>.

Más recientemente, la CIDH ha sostenido en el caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, que el objeto de su mandato —dice el propio Tribunal Interamericano en un fallo reciente— «es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia»<sup>60</sup> y,

<sup>57</sup> CIDH, Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, «otros tratados, objeto de la función consultiva de la Corte, Serie A Núm. 1, párrafo 42.

<sup>58</sup> Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A Núm. 16

<sup>59</sup> OC-16/99, párrafo 115.

<sup>60</sup> Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C Núm. 217, párrafo 199.

por consiguiente, la interpretación de dichos tratados. El parámetro del «control difuso de convencionalidad» comprende la Convención Americana, junto a los «Protocolos» adicionales a ella, como asimismo otros instrumentos internacionales que se han integrado al corpus juris interamericano por parte de la jurisprudencia de la CIDH.

Así, como señala Ferrer Mac-Gregor, «se forma de esta manera un auténtico “bloque de convencionalidad” como parámetro para ejercer el “control difuso de convencionalidad”»<sup>61</sup> por parte de los jueces nacionales.

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

<sup>61</sup> Ferrer Mac Gregor, Eduardo. voto concurrente en la sentencia de la CIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Núm. 220, párrafo 50.º.

por la vía convencional o de derechos implícitos que se deducen de principios y valores expresamente contenidos en la Constitución.

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

Como sostiene el distinguido jurista brasileño y ex Presidente de la CIDH, y actual juez de la Corte Internacional de Justicia, Antônio Augusto Cançado Trindade, al analizar el «control de convencionalidad» en su voto razonado con motivo del Caso Trabajadores Cesados del Congreso Aguado Alfaro y otros vs. Perú<sup>62</sup>:

«los órganos del Poder Judicial de cada Estado-Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana».

Así los jueces domésticos ordinarios, especiales y constitucionales deben ejercer control de convencionalidad. En algunos países de América Latina, el control de constitucionalidad y de convencionalidad puede ejercerse por todos los jueces cuando estos establecen en sus ordenamientos jurídicos un control difuso de constitucionalidad. En otros países, el control de constitucionalidad sólo puede ser ejercido en forma concentrada ya sea por una Corte Suprema, como ocurre por ejemplo en Uruguay; por una

<sup>62</sup> Párrafo 3.º del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

Sala Constitucional de ella, como ocurre por ejemplo, en Costa Rica, Paraguay o Venezuela; o sólo por una Corte o Tribunal Constitucional, como es el caso de Chile, tanto en control concreto reparador y como abstracto preventivo y reparador de constitucionalidad de preceptos legales.

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

## **6. LOS EFECTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD APLICADO POR EL JUEZ NACIONAL**

El control de convencionalidad que deben aplicar los jueces nacionales es una consecuencia necesaria de la aplicación de los principios de derecho internacional general y de derechos humanos, como una concreción de la regla de derecho consuetudinario que determina que el derecho interno no constituye una excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales, que se encuentra positivada la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969, en los arts. 26 y 31.1 que determinan el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, como asimismo, el art. 27 que determina que un Estado no puede oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Ello implica necesariamente ajustar el derecho interno para hacerlo compatible con las obligaciones internacionales. La función de los órganos judiciales en este plano es hacer sus mejores esfuerzos para otorgar efecto útil a las normas internacionales, más aún cuando ellas constituyen derechos que emanan de la dignidad humana, los cuales debe ser efectivizados por el Estado-Juez a través de la adopción de las resoluciones jurisdiccionales conforme a las obligaciones generales establecidas por los arts. 1.1 y 2 de la CADH, como asimismo a través de una interpretación favor persona posibilitar el goce más amplio de los derechos de acuerdo con el art. 29 de la misma Convención, evitando así incurrir en responsa-

bilidad internacional por violación de derechos humanos a través de eventuales conductas omisivas.

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

Uno de los riesgos correctamente advertidos por Londoño del control de convencionalidad que deben efectuar todos los jueces nacionales, es la fragmentación jurisprudencial<sup>63</sup> en la interpretación local de la convención y sus pactos complementarios, debiendo los tribunales locales aplicar los estándares internacionales ya determinados por la jurisprudencia de la CIDH y como, en el caso de la inexistencia de tales estándares, ellos deben extraídos desarrollarse a través de una interpretación razonable y adecuada de los textos convencionales, lo que podrá ser corregido en sede internacional por la CIDH, si ellos no son los adecuados.

<sup>63</sup> M.C. LONDOÑO LÁZARO, «El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Núm. 128. México D.F., UNAM, 2010, pp. 761-814.

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

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

En el supuesto de una tensión entre aseguramiento mayor de derechos humanos por parte de la Convención en relación al aseguramiento en el texto formal de la Constitución respectiva, si el Estado debe cumplir con las obligaciones convencionales y no puede alegar su Constitución para incumplir el deber de garantizar los derechos en los estándares mínimos convencionales determinados por la CIDH, sin poder oponer, de acuerdo al art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, obstáculos de derecho interno, al cumplimiento de las obligaciones internacionales, ello obliga al Estado-Juez a la aplicación de una interpretación de los derechos «favor persona», aplicando preferentemente el estándar fijado en la norma de derechos humanos convencional, única opción que posibilita no vulnerar derechos humanos ni incurrir en responsabilidad internacional por violación de ellos, lo que implica reconocer que, en la práctica, los derechos asegurados convencionalmente deben interpretarse y aplicarse teniendo en consideración aquellos atributos y garantías que se encuen-



tran asegurados en la CADH como estándar mínimo, lo que genera la obligación jurídica de aplicar siempre la norma interna o internacional que mejor proteja los derechos o aquella que los limite menos, asegurando que nunca se aplicará un nivel inferior al estándar mínimo exigido al Estado-Parte de respeto y garantía de los derechos humanos por la CADH.

A su vez, si hay una norma constitucional que vulnera la CADH y así ha sido determinado jurisdiccionalmente por la CIDH, al Estado no le queda otra alternativa que ejercer su potestad constituyente, en virtud de la obligación estatuida por el art. 2.º de la CADH, con el objeto de modificar el texto constitucional contrario al estándar mínimo de protección de derechos humanos, para asegurar y garantizar adecuadamente los derechos al menos con dicho estándar mínimo. De lo contrario, se genera un estado de cosas «inconvenional» o un ilícito internacional continuado latente, como asimismo una inseguridad jurídica que vulnera el deber de respeto y garantía de los derechos esenciales o fundamentales, mientras no sea eliminada la norma constitucional lesiva para ellos, como ocurrió en el caso «La última tentación de Cristo», con el art. 19 Núm. 12, inciso final de la Constitución.

La perspectiva reseñada en el párrafo anterior implica un reconocimiento concreto de que los derechos esenciales o convencionales de la persona afirmados por la CADH se encuentran sobre el derecho interno, incluido en tal afirmación el Texto Constitucional, cuando éste posee estándares inferiores de protección de derechos que los asegurados por la CADH. En otras palabras, significa reconocer que los atributos y garantías de los derechos asegurados convencionalmente constituyen un estándar mínimo de protección de los derechos que conforman un germen de un orden público común interamericano<sup>64</sup>, que ningún Estado-Parte puede vulnerar.

Ello no es más que una concreción de la limitación del ejercicio de la soberanía estatal cuando ésta afecta a atributos y garantías que forman parte de los derechos esenciales o humanos que, en la Constitución chilena es-

<sup>64</sup> Más bien, debiéramos decir, más concretamente, latinoamericano, ya que ni Canadá, ni Estados Unidos de Norteamérica forman parte del sistema, lo que por otra parte, lo hace más homogéneo desde una perspectiva cultural.

tán expresamente contenidos en el art. 5.º inciso 2.º de ella. En otras constituciones es una consecuencia de la incorporación y uso del principio pro homine o favor persona, expresamente contenido en los textos constitucionales, como ejemplo en los casos de Ecuador<sup>65</sup>, México<sup>66</sup>, República Dominicana<sup>67</sup>.

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

## **7. EL ASEGURAMIENTO DE UNA INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONVENCIÓN POR EL JUEZ CONVENCIONAL INTERNO QUE EJERCE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**

En la perspectiva asumida por el sistema interamericano y su órgano jurisdiccional, la CIDH, si una norma constitucional de un Estado-Parte

<sup>65</sup> La Constitución Ecuatoriana de 2008, en su art. 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».

<sup>66</sup> La reforma constitucional de México de 2011 en el art. 1.º, incisos 2.º y 3.º 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».

<sup>67</sup> La Constitución de República Dominicana de 2010, en su art. 74, numeral 3.º, 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».

tiene dos o más interpretaciones posibles, unas contrarias a los derechos asegurados por la Convención y otras conforme con los derechos asegurados convencionalmente, los jueces constitucionales deberían asumir la interpretación conforme con la CADH y desechar las interpretaciones contrarias a la misma, de la misma manera que deben optar por la interpretación conforme con la Constitución y desechar la interpretación contraria a la Carta Fundamental cuando analizan la constitucionalidad de una norma infraconstitucional de derecho interno. Lo antes señalado lleva a la conclusión de que las normas constitucionales deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los atributos y garantías de los derechos asegurados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con el control de convencionalidad interno se busca que los jueces nacionales actúen como jueces interamericanos y descarguen a la Corte Interamericana de Derechos Humanos del trabajo de resolver el inmenso trafago de asuntos sobre los cuales ya ha sentado líneas jurisprudenciales claras, que los tribunales nacionales deberían seguir. Como señala el ex juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez:

«Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría —ni lo pretende— traer ante sí todos los casos en que se cuestione o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira —mucho menos todavía que el órgano nacional— a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes.

Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes»<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> Corte IDH. «Caso Tibi Vs. Ecuador», sentencia de 07/09/2004, voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrafos 4.º y 5.º.

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

**Resumen:**

*El presente artículo analiza la protección internacional de los Derechos Humanos en el contexto latinoamericano y sistematiza el modo en que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es acogida por los Estados miembros.*

**Palabras Clave:** *Latinoamérica, Tratados Internacionales, Convención Americana sobre Derechos Fundamentales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derechos Humanos, protección internacional, interpretación.*

**Abstract:**

*This article analyzes the international protection of human rights in the Latin American context and systematizes the way in which the American Convention on Human Rights and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights is accepted by the Member States*

**Keywords:** *Latin America, international treaties, American Convention on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Human Rights, International protection, interpretation.*