**El Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

Conceptos, influencias y proyecciones en Chile

Manuel Yáñez Espinoza[[1]](#footnote-1)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA CORTE IDH III. LA SITUACIÓN LATINOAMERICANA IV. EUROPA: INFLUENCIAS Y RELACIONES V. CONCLUSIONES.

RESUMEN:

La presente comunicación entrega información relacionada con las características y evolución del Control de Convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y una breve relación de los aspectos del Derecho de la Unión Europea y el Sistema Europeo de Derechos Humanos que han influenciado dicha doctrina, siendo el primero el que más ha influido en ella. Así como breves aproximaciones respecto a sus implicancias en Chile y su ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVES:

Control de Convencionalidad – Derechos Humanos – Derecho Europeo

ABSTRACT:

This notice provides information related to the characteristics and evolution of Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights and a brief description of the aspects of European Union law and the European System of Human Rights which have influenced this doctrine, being the former that most influenced it. And a brief approach regarding its implications for Chile and its legal system.

KEYWORD:

Conventionality Control – Human Rights – European Law

1. INTRODUCCIÓN

El Control de Convencionalidad es uno de los temas más novedosos y difíciles en la discusión jurídica latinoamericana. La idea de un derecho constitucional común entre todos los países integrantes del sistema interamericano ostenta detractores y seguidores a ultranza – muchas veces mediatizados por discursos ideológicos, en ambas posturas – lo que hace que el asunto sea a lo sumo complejo. Dos cosas nos deben llamar la atención a primera vista 1) la diversidad de ordenamientos jurídicos en Latinoamérica, sumado a 2) la debilidad de los sistemas institucionales de integración supranacional.

El presente trabajo intentará dar un panorama global de la doctrina del Control de Convencionalidad, el nivel de seguimiento a nivel nacional en los países integrantes del sistema interamericano de derechos humanos y su efectiva concordancia con sus sistemas jurídicos. Por último, intentar concordar las influencias o conexiones que ha recibido la doctrina Latinoamericana del Control de Convencional de parte del Derecho Europeo.

Ahora bien, que se entienda por control de convencionalidad es un asunto sumamente complejo en el sistema interamericano, para el presente trabajo entenderemos la siguiente definición (sin ánimo de ser concluyente) que se ofrece para efectos propedéuticos: *Es aquella forma de control más amplia que se ejerce sobre el ordenamiento jurídico de un Estado particular, de carácter difuso, inmediato y permanente, debiendo ser operado por todo órgano estatal que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, en el marco de una causa concreta y en virtud de las competencias procesales del órgano, con relación al derecho interno vigente. El parámetro de enjuiciamiento se constituye por el corpus juris interamericano. El órgano estatal debe, por tanto, inaplicar la norma interna contraría al parámetro ya señalado. Así mismo, el control de convencionalidad, contiene el deber de compatibilizar toda la actuación estatal a los parámetros de protección de los derechos humanos del sistema interamericano (control de convencionalidad en sede interna). Asimismo existe el control indirecto de la instancia internacional ejercida por la Corte IDH respecto de los órdenes jurídicos nacionales y su compatibilidad con el corpus juris interamericano (control de convencionalidad en sede interamericana).*

Esta definición toma en cuenta el enfoque prevalente y descuidado que nos menciona Jimena[[2]](#footnote-2) y los adapta al sistema interamericano según se desprende de su sistematizada jurisprudencia. Para este trabajo toma relevancia el control de convencionalidad en sede interna.

1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA CORTE IDH

El desarrollo jurisprudencial ha sido en extenso estudiada por la doctrina latinoamericana[[3]](#footnote-3), es por ello que nos atendremos a una pequeña relación del contenido de la doctrina elaborada por la Corte IDH en torno al Control de Convencionalidad.

Podemos afirmar que han existido 4 etapas en la jurisprudencia de la Corte IDH, la primera de ellas, que se podría denominar de *origen[[4]](#footnote-4)*, se evidencia con anterioridad al Caso Almonacid Arellano, esta última incluida, donde desarrolló los fundamentos y finalmente lo enuncia como “una especie” de Control. La segunda fase que podríamos denominar de *afianzamiento* de la doctrina del Control de Convencionalidad, que abarca desde la sentencia del Caso Trabajadores Cesados del Congreso hasta Radilla Pacheco donde la Corte oscilantemente perfila la doctrina y afianza las características del Control. Una tercera etapa que podríamos denominar de *expansión*, que abarca desde el Caso Fernández Ortega hasta el Caso Gelman donde la Corte precisa el sujeto pasivo de la obligación del Control de Convencionalidad, ampliando considerablemente la doctrina del Control. Finalmente la cuarta etapa que se podría denominar de estabilización que abarca desde el Caso Atala Riffo hasta nuestros días, donde el control sigue expandiéndose en algunos aspectos, pero ya ha adquirido sus rasgos fundamentales y que consolidan la jurisprudencia interamericana en la materia:

1. Fundamentos de la Doctrina

Los fundamentos que ha esgrimido la Corte[[5]](#footnote-5) para justificar el Control de convencionalidad residen en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el art. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir la obligación de respetar los Derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno[[6]](#footnote-6).

En el Caso Almonacid Arellano expresó la Corte que el Poder Judicial permanece siempre vinculado al deber de garantía que establece el art. 1.1[[7]](#footnote-7), en tanto que la Corte ha desarrollado el “principio del efecto útil” contenido en el art. 2 de la Convención, tal como describe en el Caso Radilla Pacheco, atendiendo a que los órdenes jurídicos nacionales deben dotar de efectividad la observancia de los derechos consagrados en la Convención[[8]](#footnote-8). Y el art. 27 de la Convención de Viena que ha sido la base jurídica de la doctrina sostenida por la Corte, siendo tempranamente mencionado en el Caso Almonacid Arellano, en el entendido que los Estados no pueden oponer su derecho interno a las obligaciones internacionales debiendo cumplirlas de “buena fe”.[[9]](#footnote-9)

1. Las Características del Control:[[10]](#footnote-10)

Así las cosas y fundada en dichos argumentos jurídicos, la Corte ha determinado que el Control de Convencionalidad se caracteriza en definitiva y conforme a la Jurisprudencia asentada hacia 2012, de la siguiente manera:

1. Todos los agentes de ejercicio del Estado deben ejercer el Control, en especial el poder judicial, que está obligado internacionalmente a realizarlo.

La Corte IDH ha determinado que todos los órganos del Estado, es decir, todos los agentes de ejercicio del Estado pueden y deben realizar su propio control de convencionalidad.[[11]](#footnote-11) Ello hace que la tesis del control no se evidencie a primera vista como un control jurídico de conflicto de normas (algo propio de la teoría del control), pues un policía debe realizar el Control de Convencionalidad al detener a una persona e informar de sus derechos en clave convencional al detenido y realizar todo el procedimiento en conformidad a las normas de derechos humanos, el asunto es que el poder judicial de cada Estado (y toda autoridad que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales) al aplicar, interpretar o resolver conflictos de normas del ordenamiento jurídico interno debe ejercitar el Control de Convencionalidad y ello irremediablemente lo hará preferir el parámetro convencional de control, ya no teniendo libertad para interpretar y aplicar el derecho nacional.

1. El Control debe ser ejercido de oficio, de acuerdo a las competencias del órgano judicial, o agente estatal en cuestión.

De la jurisprudencia interamericana se desprende expresamente que quien ejerza el Control de Convencionalidad no deberá esperar ser requerido para realizarlo. El referido control debe ser realizado de oficio[[12]](#footnote-12) por las autoridades nacionales, así el policía no deberá esperar a que la persona que es sometida a una afectación a su libertad personal le solicite que sea informada de sus derechos humanos (DIDH) sino que debe realizarlo inmediatamente, así el Contralor General de la República al controlar la legalidad de los actos de la administración no deberá esperar a que se le formule petición alguna, deberá automáticamente incluir en su parámetro de control, el parámetro convencional. Y así la judicatura debe proceder de oficio, en todo procedimiento y en cualquier etapa procesal, a realizar el Control de Convencionalidad, vigilando por evitar que se produzca una violación del DIDH. Y esto es una consecuencia igualmente del principio *jura novit curia*.

1. El parámetro de Control lo constituye (como mínimo) la Convención Americana sobre Derechos Humanos y toda la Jurisprudencia de la Corte que la interprete.

La Corte IDH ha fijado expresamente que el parámetro de referencia del Control de Convencionalidad que deberán tener en cuenta los agentes de ejercicio estatal a la hora de aplicar el mencionado control, no se deberán detener exclusivamente en el texto del tratado que se refiera, sino que deberán de entender dicho tratado como ya lo ha interpretado la Corte IDH, sin importar si el Estado ha sido parte o no en la jurisprudencia que trate.[[13]](#footnote-13) Pues, de este modo todos los Estados comparten de ahora en adelante el derecho, en principio casuístico, que emana de la jurisprudencia de la Corte de Costa Rica.

Es más, el parámetro no es sólo la Convención Americana de Derechos Humanos, sino todo tratado de derechos humanos en que el Estado sea parte, sus agentes de ejercicio deben incorporarlo al parámetro convencional de control.[[14]](#footnote-14)

1. El material normativo controlado es de carácter extenso, pudiendo revisar la conformidad convencional de todos los actos de autoridad del Estado.

¿Qué se debe controlar? Pues todo cuanto sea necesario para cumplir las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. Es decir desde la actuación de las autoridades estatales, políticas públicas, normas jurídicas, etc. Todo es susceptible de control interno en conforme al DIDH. Pero donde presenta más interés el desarrollo de la doctrina del Control de Convencionalidad, y así lo ha reafirmado recientemente en el Caso Atala Riffo es en el control de las normas jurídicas internas. Es decir el control de convencionalidad se presenta como una nueva vertiente del control de constitucionalidad, evidentemente ya no es la Constitución el parámetro de control (sino que material jurídico controlado), es el DIDH el nuevo parámetro de control. En este sentido las consecuencias del control de Convencionalidad abren un mundo de posibilidades.[[15]](#footnote-15)

1. En cuanto a las consecuencias del control: Pueden ir desde la interpretación conforme, hasta la consecuencia natural de todo control normativo, es decir, la inaplicación o anulación de normas internas (sin importar su jerarquía).

Este es el punto menos claro en la jurisprudencia interamericana, y es en definitiva una cuestión de suma trascendencia. ¿Hasta dónde autoriza la Corte IDH a los jueces nacionales (o autoridad nacional que de oficio realice el control)? En el caso Atala Riffo, la parte demandante (victima en definitiva) solicito que la Corte dictará medidas de reparación tendientes a modificar el ordenamiento jurídico interno, la Corte respondió a tal solicitud con su Control de Convencionalidad en sede interna, es decir, los jueces nacionales son los responsables porque el ordenamiento jurídico nacional se conforme al DIDH, en ese sentido se entendería que a su alcance está lo que los “mecanismos procesales” les permitan. De ahí que la doctrina del control admita desde la interpretación conforme hasta la anulación de normas jurídicas, pero siempre, siempre: salvando la responsabilidad internacional del Estado.[[16]](#footnote-16) El juez ve cómo.

Es decir todas las normas jurídicas emanadas del Estado pueden ser controladas, y la interpretación de estas debe realizarse conforme al estándar convencional, asimismo todo el ejercicio de la función pública debe someterse al estándar convencional.

El punto C, ha sido definido y profundizado por la jurisprudencia del 2012. Entendiendo la Corte que todo tratado internacional que verse sobre derechos humanos en que el Estado sea parte, se instituye como contenido del material controlante. Conformando un bloque de convencionalidad, ya no solo integrado por la Convención Interamericana, sino que por todo tratado de derechos humanos en que el respectivo Estado sea parte, siendo todo agente de ejercicio estatal obligado a aplicarlo, y todas las judicaturas nacionales en especial.[[17]](#footnote-17)

¿Difuso o concentrado?

Todo hace ver que la intensión de la Corte tiende a ser que el Control de Convencionalidad en su vertiente de control del ordenamiento jurídico interno sea difuso, pero esto no lo ha especificado.[[18]](#footnote-18) Por ello la doctrina ha creado tantas teorías generales como ha admitido la textura abierta de las palabras escritas en las sentencias de la Corte IDH.

1. LA SITUACIÓN LATINOAMERICANA

### La doctrina de forma mayoritaria ha acudido a fomentar y apoyar la idea de este nuevo derecho constitucional común o Ius Commune Latinoamericano (Humberto Nogueira, Eduardo Ferrer, Néstor Sagüés, Juan Hitters, etc.). Mientras que las Constituciones han iniciado un proceso de apertura al DIDH, otorgando en su mayoría jerarquía “constitucional” a los tratados de derechos humanos[[19]](#footnote-19), más ninguna normativa ha establecido expresamente el Control de Convencionalidad, han sido precisamente las judicaturas las que han reaccionado frente a este fenómeno, bien recibiendo la doctrina Interamericana, o ya sea rechazándola o guardando silencio al respecto.

### Así la Corte IDH en su propia jurisprudencia ha citado a las Altas Magistraturas y Tribunales Constitucionales que han dado seguimiento a la doctrina del Control: Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de Republica Dominicana, el Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Panamá.[[20]](#footnote-20)

### México ha tenido un reciente impulso en la materia junto con su reforma constitucional en materia de derechos humanos, su Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha autorizado a todos los jueces federales a aplicar el Control de Convencionalidad[[21]](#footnote-21). Y quizás la magistratura nacional que más férreamente ha seguido la doctrina, ha sido la Sala Constitucional de Costa Rica, que recientemente ha confirmado su postura.[[22]](#footnote-22)

### Mientras que el mejor ejemplo de Nacionalismo Constitucional, lo representa Venezuela, cuyo Tribunal Supremo de Justicia ha recomendado la denuncia de la Convención Americana y ha ejercido su propio “control de convencionalidad” en contra de las resoluciones de la Corte IDH.[[23]](#footnote-23)

### La situación Chilena.

### En Chile el asunto es complejo, el régimen constitucional de los tratados es a lo sumo precario debido a que el constituyente no zanja el asunto de la jerarquía de los tratados de forma expresa. A ello se debe sumar que la jurisdicción constitucional se ejerce de forma bipartita, por una parte el Tribunal Constitucional, que tiene a su cargo el control de constitucionalidad de preceptos legales (y que por dicha vía – es decir de forma indirecta – tutela derechos fundamentales), mientras que las Cortes de Apelaciones en primera instancia y la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia tutelan derechos fundamentales a través de las acciones de amparo de derechos y de Habeas Corpus.

### Evidentemente, se han generado criterios dispares.[[24]](#footnote-24) Por su parte el Tribunal Constitucional no ha ejercido el control de convencionalidad, ni siquiera ha asumido la tesis del Bloque de Constitucionalidad en su jurisprudencia.[[25]](#footnote-25)Mientras que el poder judicial a través de este control difuso de constitucionalidad ha generado criterios a lo sumo dispares, siendo la Corte Suprema pionera en el uso del derecho internacional, pero debemos señalar que en general las Cortes de Apelaciones y la misma Corte Suprema al conocer de acciones de amparo de derechos, se escudan en la ilegalidad, obviando el parámetro de control del DIDH[[26]](#footnote-26)-[[27]](#footnote-27) producto de la regulación constitucional de dicha acción constitucional.[[28]](#footnote-28)

### EUROPA: INFLUENCIAS Y RELACIONES

### Europa inició posteriormente a la segunda guerra mundial un proceso de integración con el objetivo ulterior de dejar atrás los horrores de la guerra y obtener el mayor bienestar para los europeos. En 1950 en el seno del Consejo de Europa nace el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y en 1951 se inicia el proceso de integración europea para un mercado común con las comunidades del acero y del carbón, que hoy derivarían en la Unión Europea. En ambos casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actualmente de la UE) respectivamente se convirtieron en los supremos intérpretes de los ordenamientos jurídicos que crearon los tratados constitutivos de uno u otro. El Sistema Interamericano nace con la Convención en 1969, siendo más joven que el Sistema Europeo de protección de los Derechos Humanos.

### La influencia del Derecho de la Unión.

### El deber de leal cooperación de los Estados Nacionales para la implementación del derecho de la Unión[[29]](#footnote-29) es fundamental y desde hace más de 40 años que el TJCE[[30]](#footnote-30) (hoy TJUE) se ha preocupado por establecer que los tribunales nacionales deben dar primacía a este nuevo ordenamiento jurídico señalando que el derecho de la Unión es un *“ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados Miembros”.[[31]](#footnote-31)* Así según el principio de la autonomía, el derecho de la Unión posee aplicación inmediata, eficacia directa y primacía. Y en virtud de la primacía del DUE los tribunales nacionales deben inaplicar las normas nacionales y preferir este nuevo derecho[[32]](#footnote-32) (sólo aquellas normas que gocen de eficacia directa) basado en la integración económica y política. La Corte IDH probablemente motivada en los mismos propósitos que tuvo el guardián del derecho comunitario, es decir dar efectividad al derecho que no proviene de fuente nacional[[33]](#footnote-33), lo más probable es que haya tomado este ejemplo y haya hecho recaer en los jueces nacionales la obligación de aplicar el DIDH.

### El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos

### El TEDH en ausencia del art. 2 de la CADH en su CEDH no ha tenido la oportunidad de pronunciarse en forma tan explícita como lo ha hecho la Corte IDH[[34]](#footnote-34) en varios asuntos relativos a las obligaciones generales de los Estados, de ahí que el TEDH sea respetuoso de un margen de apreciación nacional y no haya autorizado un control de convencionalidad al estilo interamericano.[[35]](#footnote-35)

### CONCLUSIONES.

Evidentemente la Corte IDH se ha inspirado en Europa, un sistema jurídico que ha logrado en cierta medida dar primacía en los órdenes internos al derecho que no es de fuente nacional. Pero debemos recordar que la protección internacional sólo puede llegar tan lejos como el consentimiento de los Estados se lo permita[[36]](#footnote-36), una cosa es el leal cumplimiento de las Sentencias Interamericanas en virtud del art. 68.1 de la CADH y otro es que la Corte IDH se arrogue el papel de constituyente derivado y determine modelos de control de los actos de autoridad estatal, ello sólo puede ir en desmedro del papel institucional de tan importante tribunal internacional[[37]](#footnote-37). Sería razón nos hace lo que señala Zúñiga:“*la necesidad de una doctrina del seguimiento de la jurisprudencia y doctrina de la CIDH y del sistema interamericano se vuelve imperiosa para nuestros tribunales en general y la Corte Suprema en particular, seguimiento que no importe admitir el “control de convencionalidad”, sino un juicio crítico y positivo del obrar jurisprudente en el sistema. Este seguimiento es plenamente coherente con las obligaciones impuestas por la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyas normas deben ser cumplidas y de buena fe por los estados.*

*Tal doctrina del seguimiento, también puede resultar capital para el Tribunal Constitucional, que sin necesidad de exorbitar el derecho constitucional material a través de un “bloque constitucional de derechos”, en incorporarlo a las coordenadas de una cultura jurídica garantista. De la mano de esta cultura jurídica garantista, la sentencia comentada refleja un ethos contemporáneo o moderno, laico y secular, y a patrones hermenéuticos progresivos-evolutivos, lejana de patrones hermenéuticos conservadores-originalistas y de lecturas, comprensiones-precomprensiones de los derechos humanos y de las garantías prisioneras de escoramientos ideológicos neoiusnaturalistas”*. Y además continuando con sus referencias al caso Atala, indica: *“abre un interesante debate en la comunidad científica y forense, no exenta de corsés ideológicos, no sólo acerca del acusado activismo de la Judicatura interamericana, del mentado ‘control de convencionalidad’, de la descuidada protección de derechos sociales, sino también de los márgenes o límites de la Judicatura y proceso interamericano, y ciertamente de su precaria legitimidad democrática. Pero, debemos tener cuidado con disfrazar un rechazo ideológico a la doctrina jurisprudencial de la CIDH y la cultura garantista en materia de derechos, con una línea argumental “nacionalista”- parroquial, neoiusnaturalista, neoliberal o neoconservadora, que apela a una moral pública nacional, y a los deficitarios estándares de generación y control democráticos, de rendición de cuentas, y de equilibrio en la legitimidad procesal, o simplemente al origen e ideologías profesadas por los jueces interamericanos, como si tales déficit sólo fueren predicables de este sistema judicial”.[[38]](#footnote-38)* Lo que indica Zúñiga nos hace razón en primer lugar porque lamentablemente – y como primera aproximación – comprendemos que el sistema constitucional Chileno no admite el Control de Convencionalidad que impone la Corte IDH, pero en algo se concuerda, el DIDH es parte de nuestro Derecho y es una realidad presente que deben considerar los operadores jurídicos, considerando la preponderancia de la dignidad humana. En segundo lugar por las precisiones filosóficas que nos presenta, quienes se niegan a aceptar el desarrollo progresista de los derechos humanos en argumentos que socavan su desarrollo ya no admiten argumentos sólidos de apoyo. En definitiva el Control de Convencionalidad abre las puertas a un proceso social que involucre no solo al poder judicial – o a la jurisdicción constitucional como paradigma – sino que a toda la ciudadanía y al poder público, donde los derechos humanos sean el centro de atención. El Control de Convencionalidad debe llamar al debate social y político serio, sobre las deficiencias de nuestra Constitución en cuanto a derechos humanos se refiere (y a tantas otras cosas) y cómo nuestra sociedad debe hacerse cargo de aquellas.

### BIBLIOGRAFÍA

### Aguilar Cavallo, Gonzalo, El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de derechos, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, Nº 2, 2012.

### Alcaide, Joaquín, Casado, Rafael, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 2011.

Bordalí, Andrés, La Unidad de la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: Una tarea pendiente en el derecho chileno, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, Nº 3, 2007.

### Castilla, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir del caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011.

### Galdámez Zelada, Liliana, “El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 1, 2012.

### García, Javier, Fernández, Pablo, et al., *El dialogo entre los sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Ed. Aranzadi, España, 2012.

### Jimena, Luis, Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad: ¿un desafío para los tribunales constitucionales en la Unión Europea?, en *Derecho Constitucional Europeo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2011.

### Jimena, Luis, *Jurisdicción Nacional y Control de Convencionalidad*, Ed. Aranzadi, España, 2013.

### Nash, Claudio, “Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con la Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Ed. Librotecnia, Santiago, Chile, 2012.

### Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales” en *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con la Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Ed. Librotecnia, Santiago, Chile, 2012.

### Zúñiga Urbina, Francisco, “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica” en *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con la Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Ed. Librotecnia, Santiago, Chile, 2012.

### Zúñiga Urbina, Francisco, Comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile de 24 de febrero de 2012, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, Nº 1, 2012.

1. Estudiante de Derecho de la Universidad de Talca. Ayudante de Derecho Político y Constitucional en la Universidad de Talca. [manuelyanez@tie.cl](mailto:manuelyanez@tie.cl)

   El autor agradece los comentarios del Dr. Luis Jimena Quezada, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, sin duda han enriquecido este trabajo. Cualquier error u omisión es responsabilidad del autor. [↑](#footnote-ref-1)
2. Jimena (2013), pp. 52 – 83. [↑](#footnote-ref-2)
3. Véase Nash (2012), Zúñiga Urbina (2012a). Quienes desarrollan, sistematizan y comentan en extenso la jurisprudencia Interamericana al respecto. [↑](#footnote-ref-3)
4. En casos La última tentación de Cristo y Barrios Altos, la Corte IDH incorpora criterios como el de adecuación del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos y el de incompatibilidad de las leyes de amnistía con la CADH, estableciendo su nulidad a efectos del derecho internacional. [↑](#footnote-ref-4)
5. Desarrollando los argumentos en extenso de la Corte IDH: Nogueira Alcalá (2012), pp. 279 – 293. [↑](#footnote-ref-5)
6. Art. 27.- **El derecho interno y la observancia de los tratados**.- Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

   Art. 1.1.- 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.

   Art. 2.- Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados 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 (subrayado nuestro). [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte IDH, Almonacid Arellano Vs. Chile, párr. 123. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte IDH, Radilla Pacheco Vs. México, párr. 114. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte IDH, Almonacid Arellano Vs. Chile, párr. 125. [↑](#footnote-ref-9)
10. Este apartado del trabajo intenta expresar según criterio del autor las características que se desprenden de la jurisprudencia de la Corte IDH, y no la valoración personal que de ellas pueda realizar. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, párr. 239. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú, párr. 128. [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte IDH, Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, párr. 124. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, párr. 262. [↑](#footnote-ref-14)
15. Incluso el proceso democrático ha de ser controlado, ver: Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, párr. 239. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 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. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana”*. [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte IDH, Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, párr. 262; Corte IDH, Gudiel Álvarez y Otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala, párr. 123. [↑](#footnote-ref-17)
18. Desde el Caso Almonacid Vs. Chile que se denota tal intención: *“la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (subrayado es nuestro)*, párr. 124. [↑](#footnote-ref-18)
19. La Constitución Política de Argentina en su art. 31 asume la tesis del Bloque de Constitucionalidad Federal e integra en su acción de amparo a los tratados como parámetro de control. La Constitución Boliviana de 2009 en su art. 13 IV asume el principio de prevalencia e interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos. La Constitución de Colombia de 1991 en su art. 93 incorpora el principio de prevalencia e interpretación conforme. La Constitución de Costa Rica de 1949 en su art. 7 otorga jerarquía supralegal a los tratados en general y los que versen sobre derechos humanos se integran al parámetro de control su acción de amparo. La Constitución Peruana de 1993 en su art. 55 expresamente integra los tratados internacionales al derecho nacional y en la disposición transitoria IV integra el principio de interpretación conforme al DIDH. México a través de la reforma constitucional de 2011 ha sido el país más innovador en la apertura al DIDH, en su art. 1 consagra la teoría del Bloque de Constitucionalidad (DIDH incluido), integra los principios de interpretación conforme al DIDH, el principio favor persona, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. La Constitución Chilena de 1980 (reformada en 2005) es de carácter conservador en torno al Derecho Internacional, prescribiendo en el art. 5 un principio de limitación del poder público por los derechos esenciales de la persona humana consagrados en el derecho interno e internacional, asimismo el art. 54 consagra normas del Derecho Internacional General. En definitiva, podemos observar que las Constituciones Latinoamericanas consagran normas parecidas al art. 10.2 de la Constitución Española, y en algunos casos han asumido la teoría del Bloque de Constitucionalidad, más no podemos apreciar que de la letra de las cartas fundamentales emane una especie de Supraconstitucionalidad o Ius Commune regional. [↑](#footnote-ref-19)
20. Corte IDH, Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, párr. 226 – 232; Corte IDH, Furlan y Familiares Vs. Argentina, párr. 304. [↑](#footnote-ref-20)
21. Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, Expediente “Varios” 912/2010. [↑](#footnote-ref-21)
22. *“No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye un Tribunal Internacional cuyas actuaciones y resoluciones se encuentran sustraídas al control de constitucionalidad, que ejerce esta Sala sobre las autoridades nacionales”* Constituyendo el extremo contrario de Venezuela*.* Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Res. Nº 2013000403, 11 de Enero de 2013. [↑](#footnote-ref-22)
23. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, E. Nº 11-1130, 26 de Septiembre de 2011. [↑](#footnote-ref-23)
24. Ver: Bordalí salamanca (2007). Quien en detalle explica el problema que aqueja al sistema procesal constitucional chileno y en perspectiva comparada ofrece posibles soluciones. [↑](#footnote-ref-24)
25. Incluso se puede afirmar que ha existido un retroceso en cuanto de DIDH se refiere en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así en sentencia ROL 1340-09 construyo un derecho implícito a través del art. 5 inc. 2 de la Constitución (que como apuntamos anteriormente es la única puerta de apertura al DIDH en el ordenamiento constitucional Chileno), pero que en reciente sentencia ROL 2105-11 ha renunciado a construir derechos implícitos en virtud de tal razonamiento, optando por razonar a partir exclusivamente de los derechos del catálogo constitucional. A lo anterior se debe sumar que *“El TC chileno invoca, junto a diversas otras fuentes del Derecho, a la Convención Americana de Derechos Humanos pero no recurre con la misma intensidad a jurisprudencia de la Corte IDH, ni tampoco se refiere a las sentencias tribunales constitucionales del entorno cuando interpretan dicha convención”.* Galdámez Zelada (2012), p. 191. [↑](#footnote-ref-25)
26. Se puede afirmar que en la materia existe un evidente déficit de seguimiento de la jurisprudencia interamericana, tal como lo apunta Zúñiga Urbina (2012b), p. 466. [↑](#footnote-ref-26)
27. La Corte Suprema ha aplicado el DIDH como parámetro de control en materias específicas, a saber, la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad (en este caso aplicando normas de derecho humanitario) y realizando efectivamente un control de convencionalidad respecto del Decreto Ley Nº 2.191 de autoamnistía del gobierno militar chileno. Para mayor detalle ver: Aguilar Cavallo (2012), pp. 730 – 739. Aunque el comentado autor considera los ejemplos que expone como verdaderos ejemplos de control de convencionalidad, se puede considerar con mayor precisión que la Corte Suprema se ubica más en el cumplimiento de una expresa obligación internacional que emana del art. 68.1 de la CADH que ejerciendo el control de convencionalidad que prescribe la Corte IDH, o en último caso resolviendo una cuestión de aplicación de derecho internacional (como en el caso que expone de la Corte de Apelaciones de Valdivia, ROL 501-2011, 04 de Mayo de 2012. [↑](#footnote-ref-27)
28. El artículo 20 de la Constitución Chilena regula la acción de protección (equivalente en derecho comparado a la acción de amparo constitucional), su regulación en primer lugar restringe su aplicación a determinados derechos del catálogo constitucional y en segundo lugar, la Constitución somete la vulneración del derecho fundamental concreto a un acto arbitrario o ilegal, dejando la vulneración del derecho en cuestión relegado a un segundo plano frente a la ilegalidad o arbitrariedad. [↑](#footnote-ref-28)
29. Que encuentra expresa consagración en el art. 4.3 del Tratado de Lisboa:

    *“Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.*

    *Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.*

    *Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”.* [↑](#footnote-ref-29)
30. Sentencia del TJCE, Costa c. ENEL. [↑](#footnote-ref-30)
31. El Derecho de la Unión, es un ordenamiento jurídico propio. Por su parte se origina en el derecho internacional, pero no sólo es derecho internacional, sino que también es un derecho que no se configura como derecho interno, y que determina “*su vigencia y aplicación en el ámbito interno de los Estados miembros, integrándose en el derecho aplicable en el territorio de los Estados miembros, pero distinguiéndose del Derecho interno al no perder su calidad de DUE y, llegado el caso, primando frente al Derecho interno en caso de conflicto de normas”.* Alcaide y Casado (2011), p. 238. [↑](#footnote-ref-31)
32. En un comienzo esta construcción jurisprudencial se recibió con bastantes problemas en los Estados fundadores de la Unión, sólo se vería superado con el paso del tiempo y debido a que los nuevos Estados miembros ya conocían las reglas del juego en la materia al ingresar a la Unión. Ibíd., pp. 249 – 251. [↑](#footnote-ref-32)
33. Coincidiendo con Castilla (2011), p. 609. La Corte IDH ha tenido siempre en mente como hacer que los jueces nacionales se abran al DIDH y le den aplicación, ello frente a la falta de ejecución de sus mandatos. [↑](#footnote-ref-33)
34. Revisar los comentarios comparativos a las Obligaciones Generales de los Estados en la Convención y el Convenio: García y Fernández (2012), pp. 109 – 131. [↑](#footnote-ref-34)
35. Revisar Jimena (2011), pp. 285 – 317. Quien plantea la posibilidad de un control de convencionalidad en términos similares a la construcción interamericana, haciendo el paralelo entre el principio de primacía del DUE pero con el DIDH, para que los jueces ordinarios inapliquen directamente el derecho interno. [↑](#footnote-ref-35)
36. Ibíd., p. 88. [↑](#footnote-ref-36)
37. *“considerando uno de los peculiares imperativos que enfrenta un tribunal como la Corte, cual es, el de proceder con plena conciencia de que, en tanto entidad autónoma e independiente, no tiene autoridad superior que la controle, lo que supone que, haciendo honor a la alta función que se le ha asignado, respete estrictamente los límites de esta última y permanezca y se desarrolle en el ámbito propio de una entidad jurisdiccional. Sin duda que el actuar de esa forma, es el mejor aporte que la Corte puede hacer a la consolidación de la institucionalidad interamericana de los derechos humanos, requisito sine qua non para el debido resguardo de éstos”* Voto Particular juez Edo. Vio Grossi, Corte IDH, Díaz Peña Vs. Venezuela, p. 11. [↑](#footnote-ref-37)
38. Zúñiga Urbina (2012b), pp. 466 – 467. [↑](#footnote-ref-38)