

Humberto Nogueira Alcalá\*

# Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales

## The challenges of the conventionality control of interamerican corpus iuris of national courts.

### Resumen

En el artículo se analiza en la perspectiva de las obligaciones que generan para los estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH, el control de convencionalidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, ha exigido que ejerzan las jurisdicciones nacionales respecto del derecho interno que contravenga el corpus iuris interamericano, el cual es analizado en sus implicancias prácticas para las jurisdicciones ordinarias y constitucionales en general. Asimismo, se reflexiona sobre las diferencias existentes entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad.

### Palabras claves

Control de convencionalidad; Corpus iuris interamericano. Tribunal Constitucional chileno. Control convencionalidad y control constitucionalidad.

### Abstract

The paper examines the prospect of generating obligations for states parties to the American Convention on Human Rights, hereinafter ACHR, control of conventionality Inter American Court of Human Rights, hereinafter IACHR has demanded exercising national jurisdiction over domestic law in contravention of the corpus iuris of inter-American, which is analyzed in its practical implications for ordinary and constitutional jurisdictions in general. It also reflects on the differences between constitutional control and control of conventionality.

### Keywords

Control of conventionality; Corpus iuris Inter american. Chilean Constitutional Court. Conventionality control and constitutionality Control.

\* *Profesor Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Talca. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica.*  
*nogueira@utalca.cl.*

## 1. Los tratados de derechos humanos y las obligaciones que implican para los Estados partes<sup>1</sup>

### 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>2</sup>.*

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>3</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.

La Corte Europea ha afirmado con anterioridad la misma perspectiva, en el caso *Irlanda vs. Reino Unido* (1978), precisando que

*“a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una ‘garantía colectiva’”<sup>4</sup>.*

<sup>1</sup> Este artículo es parte del proyecto de investigación Fondecyt Regular N° 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.

<sup>2</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* (artículos 74 y 75). En el mismo sentido, se expresa la Corte Interamericana en el caso del *Tribunal Constitucional Vs. Perú*, sentencia de 24 de septiembre de 1999. (*Competencia*). Serie C No. 55, párrafo 42.

<sup>3</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.

<sup>4</sup> Eur. Court HR, *Ireland vs. United Kingdom* case, Judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 90, párr. 239.

La Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Soering vs. Reino Unido* (1989), precisó que la Convención Europea “*debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias*”.<sup>5</sup>

A su vez, con mucha anterioridad, la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva relativa a *Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1951), afirmó que “en este tipo de tratados, los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención”.

### ***1.2. Las obligaciones generales que generan los tratados de derechos humanos para los Estados partes: el PIDCP y la CADH***

Los Estados que forman parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en adelante PIDCP, como asimismo de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, están vinculados por los respectivos artículos 2.1 y 2.2. y 1.1. y 2 de los respectivos instrumentos internacionales.

#### **1.2.1. El artículo 2.2. del PIDCP**

En efecto, el artículo 2 del PIDCP precisa:

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

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

Tal disposición determina que los Estados partes en el PIDCP asumen la obligación, respecto de toda persona en su territorio o bajo su jurisdicción, de respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos. Esto implica que deben abstenerse de violar estos derechos (“respetar”), pero también adoptar medidas positivas para que los derechos sean efectivos (“garantizar”). De acuerdo con el artículo 14, deben poner a disposición de toda persona víctima de una violación un recurso imparcial y efectivo para su defensa.

<sup>5</sup> Eur. Court H.R., *Soering Case*, decision of 26 January 1989, Series A no. 161, párr. 87.

La Observación General N° 31 del Comité de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas ha precisado el alcance del artículo 2° del PIDCP, determinando que este impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y asegurar su aplicación a todas las personas que se encuentran bajo la potestad del Estado parte, cumpliendo dichas obligaciones jurídicas de buena fe:

*“3. El artículo 2 define el alcance de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados Partes en el Pacto. A los Estados Partes se les impone una obligación general de respetar los derechos del Pacto y de asegurar su aplicación a todos los individuos de su territorio y sometidos a su jurisdicción (véanse los párrafos 9 y 10). En cumplimiento del principio claramente especificado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados Partes están obligados a dar efecto a las obligaciones prescritas en el Pacto de buena fe”.*

A su vez, el párrafo 4° determina la vinculatoriedad de las normas respecto de cualquier órgano u agente estatal, de cada uno de ellos y de todos ellos, cualquier actuación contraria al PIDCP de cualquiera de los órganos o agentes estatales genera la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos. Asimismo, el Estado no puede oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de sus obligaciones internacionales, como lo determina el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, disposición que, sin dejar de ser derecho internacional, es parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, con aplicación preferente sobre las normas jurídicas de generación interna:

*“4. Las obligaciones del Pacto en general y del artículo 2 en particular son vinculantes para todos los Estados Partes en conjunto. Todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local, están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte. El poder ejecutivo, que suele representar al Estado Parte internacionalmente, incluso ante el Comité, puede no señalar que un acto incompatible con las disposiciones del Pacto fue llevado a cabo por otra rama del Estado como medio de tratar de atenuar la responsabilidad del Estado Parte por el acto y la incompatibilidad consiguiente. Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con arreglo al cual un Estado Parte “no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su falta de aplicación de un tratado”. Aunque el párrafo 2 del artículo 2 permite a los Estados Partes que hagan efectivos los derechos del Pacto de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, el mismo principio se aplica con el fin de evitar que los Estados Partes invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado”.*

Como señala el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el párrafo 1° del artículo 2°, que determina el respeto y garantía de los derechos contenidos en el PIDCP, produce “un efecto inmediato en todos los Estados partes” de acuerdo al párrafo 5° de la Observación General N° 31; a su vez, el párrafo 6° determina que dicha obligación jurídica es de carácter tanto positivo como negativo:

*“Los Estados Partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto. Cuando se introducen restricciones, los Estados deben demostrar su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten proporcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos del Pacto. En ningún caso se deben aplicar las restricciones o invocarse de una manera que menoscabe la esencia de un derecho del Pacto.”*

Por otra parte, el artículo 2º impone a los Estados Partes, como señala el párrafo 7º de la Observación General N° 31 que comentamos:

*“la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas. El Comité cree que es importante elevar los niveles de conocimiento acerca del Pacto no sólo entre los funcionarios públicos y los agentes del Estado sino también entre la población en general.”*

Debe tenerse presente también que las obligaciones positivas de los Estados Partes de garantizar los derechos asegurados por el Pacto:

*“sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas. Puede haber circunstancias en que la falta de garantía de los derechos del Pacto, tal como se exige en el artículo 2, produciría violaciones de esos derechos por los Estados Partes, como resultado de que los Estados Partes permitan o no que se adopten las medidas adecuadas o se ejerza la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas”, como lo determina el párrafo 8º, de la Observación General comentada.*

Finalmente, debemos precisar que la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto no está sometida a condiciones y “*es de efecto inmediato*”, como prescribe el párrafo 14 de la Observación General N° 31, agregando que

*“La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado”.*

## 1.2.2. Las obligaciones generales impuestas por la CADH a los Estados Partes

### 1.2.2.1. El deber del Estado Parte de respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente

El artículo 1º de la CADH determina para los Estados partes 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 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 artículos 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 artículo 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 “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”<sup>6</sup>. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”<sup>7</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>8</sup>”<sup>9</sup>.*

A su vez, la CIDH, desde el primer caso conocido jurisdiccionalmente, en la sentencia en el caso Velásquez Rodríguez, en 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*

<sup>6</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 No. 14, párr. 35.

<sup>7</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 No. 154, párrafo 125.

<sup>8</sup> cfr. “*principe allant de soi*”; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20; y *Caso Durand y Ugarte*, *supra* nota 20, párr. 136.

<sup>9</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 No. 73, párrafo 87.

*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>10</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>11</sup>.*

### 1.2.2.2. El deber del Estado de adecuar su ordenamiento jurídico y conducta a las obligaciones convencionales

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

*“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º 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 artículo 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 solo 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>12</sup>.

<sup>10</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 166. La Corte se había pronunciado previamente respecto de excepciones preliminares en Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 1.

<sup>11</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 N° 140, párrafo 142.

<sup>12</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 No. 73, párrafo 87.



Podemos señalar, concordando con Cecilia Medina, que el artículo 1º de la CADH establece obligaciones de exigibilidad inmediata que el Estado tiene frente a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin discriminación<sup>13</sup>.

Por otra parte, es necesario referirse a la obligación general de los Estados Partes contenida en el artículo 2º de la CADH, por 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*”.

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 artículo 29, los postulados o principios de “*progresividad*” y “*favor persona*”<sup>14</sup>, este último derivado del art. 29, literal b) de la CADH, lo que posibilita aplicar los estándares de otros tratados de los que el Estado forme parte que establecen estándares superiores de atributos y garantías de los derechos que 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 (soberanía), 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 CIDH para que esta determine con carácter vinculante y con la obligación del Estado Parte 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

<sup>13</sup> Medina Quiroga, Cecilia. (2008), Las obligaciones de los Estados bajo a 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 N° 1, San José, p. 246.

<sup>14</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.



Cristo”, donde la sentencia de la CIDH ordenó que el Estado de Chile debía modificar el artículo 19 N° 12, inciso final, de la Constitución, por ser contrario al artículo 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>15</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>16</sup> con leyes de amnistía<sup>17</sup>, o más recientemente, en el caso “Gelman vs. Uruguay”<sup>18</sup> sobre la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, determinando que estos preceptos legales carecen de efectos jurídicos, vale decir, son inaplicables.

Los Estados Partes 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>19</sup>, como asimismo en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”<sup>20</sup>, para solo señalar un par de casos chilenos.

A su vez, la expresión “medidas (...) de otro carácter” que determina la Convención en su artículo 2º, 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 artículo 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*

<sup>15</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 No. 14.

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162

<sup>17</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>18</sup> Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrafo 223.

<sup>19</sup> Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135

<sup>20</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 No. 154.

*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 artículo 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 artículo 1.1 de la Convención Americana”<sup>21</sup>.*

Esta realidad jurídica, que implica que los Estados Partes se encuentran en la obligación de respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente, a través de sus diversos órganos y agentes del Estado, lleva a determinar también las obligaciones que corresponden a los jueces nacionales, para que a través de sus actos jurisdiccionales no vulneren los derechos, sino que, como corresponde a sus obligaciones jurídicas, contribuyan a respetarlos, asegurarlos y garantizarlos, impidiendo así hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en su calidad de Estado juez.

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 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>22</sup>, “caso Palamara”<sup>23</sup>, caso “Claude Reyes vs. Chile”<sup>24</sup> y caso “Almonacid y otros vs. Chile”<sup>25</sup>.

### *1.3. Consideraciones finales*

El análisis efectuado nos permite sostener que las obligaciones generales contenidas en el artículo 1.1. y 2 de la CADH, como asimismo las obligaciones contenidas en el

<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 No. 154, párrafo 123.

<sup>22</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 No. 73. El caso llega a la CIDH después de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>23</sup> Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 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>24</sup> Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 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>25</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 No. 154. La CIDH se pronuncia después de sentencias de la Corte Marcial y de la Corte Suprema de Justicia.

artículo 2º del PIDESC, denominadas obligaciones erga omnes, como asimismo las obligaciones específicas respecto de cada uno de los derechos asegurados por dichos pactos o convenciones internacionales, son aquellas que los correspondientes órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales establecidos por las respectivas convenciones tienen el deber de examinar al conocer de un caso específico que se les presente por el procedimiento respectivo. Las violaciones de estas obligaciones generales y específicas por alguno de los órganos o agentes del Estado son atribuibles al Estado como sujeto internacional, configurando un hecho ilícito internacional, el cual genera la responsabilidad internacional respectiva, con el agravante de constituir violaciones de derechos humanos.

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 importantes que otros de aquellos asegurados convencionalmente; “no hay jerarquía de derechos en la Convención”<sup>26</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. En el caso de la CADH, debemos tener presente que su artículo 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”.

## **2. El desarrollo del concepto de *control de convencionalidad*, su contenido y las obligaciones jurídicas que determina para los jueces nacionales.**

En el caso del sistema interamericano, el control de convencionalidad exigido a los jueces nacionales por la CIDH implica que los jueces domésticos deben internalizar en su actividad jurisdiccional que también son jueces interamericanos en el plano nacional, debiendo siempre garantizar la CADH y sus pactos complementarios, aplicando los derechos asegurados y garantizados, impidiendo que estos sean afectados por normas jurídicas de derecho interno o conductas y actos de agentes del Estado que desconozcan los estándares mínimos determinados convencionalmente, de acuerdo a la

<sup>26</sup> Corte IDH, “caso Villagrán Morales y otros (caso “niños de la calle” vs. Guatemala)”, Sentencia de 26 de mayo de 2001.

interpretación formulada por la CIDH, como intérprete final de la CADH, conforme al artículo 63 de la misma.

Así, el control de convencionalidad es un control jurisdiccional desarrollado siempre por tribunales, ejercido en forma concentrada por la CIDH en el sistema interamericano como jurisdicción internacional vinculante para los Estados partes, conforme a los artículos 67 a 69 de la CADH; como por las jurisdicciones nacionales, quienes, al efecto, son jueces del sistema interamericano, además de jueces nacionales, en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, debiendo inaplicar las normas de derecho interno contradictorias o que confronten la CADH, utilizando para ello los principios de progresividad y favor persona.

## *2.2. 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 artículo 2º 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 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 de 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 los obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados 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.” (Subrayado añadido)<sup>27</sup>.*

<sup>27</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 No. 154, párrafo 124.

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>28</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 mermado 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.” (Subrayado añadido)<sup>29</sup>.

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>30</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>31</sup>. ”<sup>32</sup>.

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010<sup>33</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 de 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

<sup>28</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 No. 162, del 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

<sup>29</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 No. 158., párrafo 128.

<sup>30</sup> Cfi. *Caso Castillo Petruzzi 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>31</sup> Cfi. *Caso Almonacid Arellano y otros*, supra nota 10, párr. 124, y *Caso Boyce y otros*, supra nota 20, párr. 113.

<sup>32</sup> Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C No. 186, párrafo 180.

<sup>33</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 No. 220

es Parte de un tratado internacional como la 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. (Subrayado añadido).

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>34</sup>. ”<sup>35</sup>.

Esta perspectiva se ha reiterado uniformemente hasta el presente en muchos casos por la CIDH<sup>36</sup>, con el objeto de que dicha obligación de concretar el control de convencionalidad sea efectivamente desarrollado por las jurisdicciones nacionales, lo que posibilita, asimismo, descargar a la CIDH de un cúmulo de casos que perfectamente pueden ser asumidos por los jueces nacionales por aplicación de la Convención y de la interpretación de sus enunciados normativos sobre derechos que ya han sido

<sup>34</sup> Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)*, supra nota 16, párr. 176, y *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, supra nota 16, párr. 225. *Las negritas son nuestras*.

<sup>35</sup> Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrafo 193. *Las negritas son nuestras*.

<sup>36</sup> *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C No. 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 No. 209, párrafo 339. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 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 No. 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 No. 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 No. 221, párrafo 193. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 226.

interpretados y aplicados por la CIDH, existiendo claras líneas jurisprudenciales de esta sobre la materia.

La obligación de aplicar el control de convencionalidad interno 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*”.

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, dándoles a tales derechos un efecto útil.

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 específico de los derechos asegurados convencionalmente. Todos y cada uno de los jueces nacionales 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>37</sup> que se encuentran en las normas de interpretación de derechos contenidas en el artículo 29 literal b) de la CADH<sup>38</sup>, como asimismo en el artículo 5º del PIDCP<sup>39</sup>, entre otros tratados de derechos humanos.

<sup>37</sup> Ver entre otros, Pinto Mónica, (1997), “El principio Pro Homine”, en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editorial Del Puerto. Bidart Campos, G., (2001), “Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine”, publicado en Bidart Campos, G. y Gil Domínguez, A., (coords). AAVV, *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*. Buenos Aires, Editorial Ediar. Amaya Villareal, Álvaro Francisco. (2005). “El principio pro homine: interpretación extensiva vs. El consentimiento del Estado”. en *Revista Colombiana de Derecho Internacional* N° 5, junio, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. pp. 337-380.

<sup>38</sup> Art. 29 Literal b) CADH, prescribe que ninguna disposición de 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>39</sup> Art 5º 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



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 positivizar en los textos constitucionales los postulados de interpretación básicos en materia de derechos humanos<sup>40</sup>, como son la *interpretación conforme 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, aun cuando ellas operan como elementos básicos de toda interpretación de derechos fundamentales aun cuando no se encuentren positivadas en el texto constitucional respectivo, por la necesaria aplicación del artículo 29 de la CADH, que en todos los Estados partes integra el derecho interno y es de preferente aplicación frente a las fuentes formales generadas internamente. Baste además de las normas citadas a pie de página considerar el nuevo artículo 1º de la Constitución de México reformado de 2011, pasando de la retaguardia del sistema a ser la punta de flecha del mismo, al precisar que *“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*

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>40</sup> La *Constitución de Bolivia de 2009*, en su artículo 13.IV. determina que “los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. La *Constitución de Colombia en su artículo 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 artículo 417 prescribe que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”. La *reforma constitucional de México de 2011 en el artículo 1º, incisos 2º y 3º de la Constitución*, precisa: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”. La *Constitución de República Dominicana de 2010*, en su artículo 74, numeral 3º, determina: “Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”. 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 artículo 23, determina: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

*deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.*

El control de convencionalidad deben concretarlo cada uno y todos 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>41</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, 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 diversas 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 Convención”<sup>42</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 como 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

<sup>41</sup> El juez dispone de la facultad y el deber de aplicar las disposiciones convencionales en el litigio, aún cuando las partes no las invoquen.

<sup>42</sup> Corte IDH: Caso “Boyce y otros vs. Barbados”, párrafo 78; “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 124.

*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>43</sup>.*

El control de convencionalidad implica que todos los jueces de los Estados Partes de la Convención en cuanto expresión del Estado juez se encuentran vinculados por esta, como asimismo por la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos del mencionado instrumento. Ello implica que los Estados Partes del sistema deben asumir, más allá del Estado específico directamente obligado por la respectiva sentencia de acuerdo al artículo 68 numeral 1 de la CADH, la “*ratio decidendi*” o “*holding*” de la sentencia, en cuanto interpretación fidedigna y auténtica de la Convención emanada de su intérprete final, lo que constituye un aporte jurisprudencial de la CIDH al desarrollo del sistema interamericano, lo que algunos autores han llamado “interpretación mutativa por adición”<sup>44</sup>. Para facilitar la eficacia general *con efectos de norma interpretada que tienen los fallos de la CIDH*, la CADH, en su artículo 69, establece que el fallo, además de notificarse al Estado parte objeto de la controversia, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”, con el objeto de que tengan un conocimiento acabado del bloque convencional interpretado por la CIDH, como intérprete final del *corpus juris* 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 este 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 artículo 29 de la Convención Americana*”.<sup>45</sup>.

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:

“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,

<sup>43</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 No. 220, párrafo 79.

<sup>44</sup> Thury Cornejo, Valentín. (2011). 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>45</sup> Lucchetti, Alberto (2008). “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”; en Albanese, Susana (Coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 142.

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 artículo 29.b.)”<sup>46</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>47</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>48</sup>.

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>49</sup> y, 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.

Sagüés, con quien concordamos, señala “ (...) 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>50</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.

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>51</sup> por parte de los jueces nacionales.

<sup>46</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 No° 1, párrafo 42.

<sup>47</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 No. 16

<sup>48</sup> OC-16/99, párrafo 115.

<sup>49</sup> Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párrafo 199.

<sup>50</sup> Sagüés, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales, en *La Ley*, Buenos Aires, Jueves 19 de febrero de 2009, p. 2.

<sup>51</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 No. 220, párrafo 50°.

En el control de convencionalidad interno se concreta una especie de comunicación interjurisdiccional entre la CIDH y los tribunales nacionales de todo orden<sup>52</sup>, una interacción que tiene un carácter mas bien vertical por la posición de control final que desarrolla la CIDH respecto de la aplicación de los derechos efectuada por las jurisdicciones nacionales. La CIDH busca que los tribunales nacionales implementen la doctrina del seguimiento de la jurisprudencia de la CIDH, con escaso margen de apreciación para los tribunales nacionales. Se trata de una comunicación interjurisdiccional de sentido único, de la CIDH a los tribunales nacionales, donde hasta ahora hay poca recepción de aportes locales de parte de la CIDH. El uso que la CIDH hace de la jurisprudencia de los tribunales nacionales 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 respecto de la Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado<sup>53</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 inconventionales, como asimismo posibilitando mejorar, como señala Abramovich, “*las condiciones estructurales que garantizan la efectividad de los derechos a nivel nacional*”<sup>54</sup>.

El desarrollo de este control de convencionalidad interno exige un esfuerzo de capacitación en el adecuado conocimiento del *corpus iuris* de los derechos humanos vinculante para el Estado de Chile y sobre 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 y de la interpretación en materia de derechos humanos.

### 2.2.1. 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 de la misma, como determina el artículo 29 de la Convención para estos efectos. El derecho interno es un mero hecho que se conforma o no a la CADH para efectos de este control.

<sup>52</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, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párrafo 7º; ver también, García-Sayán, Diego. (2005), “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 323-384.

<sup>53</sup> Corte IDH. *Caso Gelman vs Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N° 221, párrafo 232.

<sup>54</sup> Abramovich, Víctor. “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 N°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)

El control de constitucionalidad es un control diferente al de convencionalidad. Este 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 artículo 5º inciso 2º 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 los tratados y convenciones de derechos humanos en cuanto tales con jerarquía constitucional, como ocurre entre muchas otras, a manera ejemplar, con las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Perú, República Dominicana. 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 solo 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 por la vía convencional o *derechos implícitos* que se deducen de principios y valores expresamente contenidos en la Constitución.

En esta perspectiva, la jurisdicción constitucional debe concretar simultáneamente control de constitucionalidad y 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 brasilero 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>55</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

<sup>55</sup> Párrafo 3º del voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.

establecen en sus ordenamientos jurídicos un control difuso de constitucionalidad. En otros países, el control de constitucionalidad solo puede ser ejercido en forma concentrada ya sea por una Corte Suprema, como ocurre por ejemplo en Uruguay o Panamá; por una Sala Constitucional de ella, como ocurre por ejemplo, en Costa Rica, Paraguay o Venezuela; o solo por una Corte o Tribunal Constitucional, como es el caso de Chile, tanto en control concreto reparador como abstracto preventivo y reparador de constitucionalidad de preceptos legales.

Cualquiera que sea el órgano judicial que desarrolle control de convencionalidad, este 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.

### 2.2.2. 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, la cual se encuentra en la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969, en los artículos 26 y 31.1 que determinan el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, como asimismo en el artículo 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 artículos 1.1 y 2 de la CADH, como asimismo a través de una interpretación *favor persona* para posibilitar el goce más amplio de los derechos de acuerdo con el artículo 29 de la misma Convención, evitando así incurrir en responsabilidad 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 artículos 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 artículo 2° de la CADH.

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 inconventional 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 solo dispone de competencia de control concreto con efectos inter partes solo 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 encuentran 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 límites 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 artículo 2º 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 "inconvencional"* 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 artículo 19 N° 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 por sobre *todo el derecho interno*, incluido en tal afirmación el texto constitucional, cuando este 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>56</sup>, que ningún Estado Parte puede vulnerar.

Ello no es más que una concreción de la limitación del ejercicio de la soberanía estatal cuando esta afecta atributos y garantías que forman parte de los derechos esenciales o humanos que, en la Constitución chilena, están expresamente contenidos en su artículo 5º inciso 2º. 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>57</sup>, México<sup>58</sup>, República Dominicana<sup>59</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

<sup>56</sup> Más bien, debiéramos decir, mas concretamente, *latinoamericano*, ya que ni Canadá, ni Estados Unidos de Norteamérica forman parte del sistema, lo que por otra parte, lo hace mas homogéneo desde una perspectiva cultural.

<sup>57</sup> La Constitución Ecuatoriana de 2008, en su artículo 417 prescribe que "*en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución*".

<sup>58</sup> La reforma constitucional de México de 2011 en el artículo 1º, incisos 2º y 3º de la Constitución, precisa: "*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.*"

<sup>59</sup> La Constitución de República Dominicana de 2010, en su artículo 74, numeral 3º, determina: "*Los poderes públicos interpretan y aplican las normativas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido mas 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*".

derechos, como derivación obligatoria del art. 29 b) de la CADH, pudiendo reseñarse sobre la materia algunos ejemplos jurisprudenciales que aplican correctamente tal perspectiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha aplicado el principio *pro homine* o *favor persona* no solo para interpretar en la forma más favorable a la persona los derechos asegurados por la Constitución y los tratados internacionales, sino también entre estos últimos, como ocurre en la sentencia Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros, 11.8.2009 – Fallos: 332:1835<sup>60</sup>. Como asimismo ha concretado el control de convencionalidad, siendo doctrina de la Corte Suprema que garantizar los derechos humanos “implica para el Estado el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de aquellos, lo que comprende el ejercicio del ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, haciendo cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo de sus derechos constitucionales que sufra un menor en esta situación, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio (CS, García Méndez, Emilio, 02/12/2008 – Fallos:331:2691<sup>61</sup>).

La Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en muchas oportunidades aplicando el principio *pro homine* o *favor persona*<sup>62</sup>. Aquí citaremos solo una de las últimas sentencias en la materia:

*“En lo relativo a este punto, el principio de interpretación pro homine impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Este principio está contemplado en los artículos 1º y 2º Superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”<sup>63</sup>.*

<sup>60</sup> Citado por Sabsay, Daniel Alberto. (2010) *Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Derecho Constitucional, Parte Dogmática*. Tomo I, volumen 1, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 19.

<sup>61</sup> Citado por Sabsay, Daniel Alberto. (2010) *Tratado Jurisprudencial y doctrinario. Derecho Constitucional, Parte Dogmática*. Tomo I, volumen 1, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 19.

<sup>62</sup> Sentencias Corte Constitucional: C-551 de 2003; C- 817 de 2004; C-1056 de 2004; C-148 de 2005; C-187 de 2006; T-284 de 2006; T-945/06; C- 376/10; T-105/11; T-110/11; T-233/11; C-185/11. Asimismo, Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, Proceso N° 35644 Magistrado Ponente JAVIER ZAPATA ORTIZ Bogotá D. C., veinte de enero de dos mil once.

<sup>63</sup> Sentencia Corte Constitucional Colombia, T-129/11, parte del considerando 7º.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en sentencia de 14 de mayo de 2004, reitera su jurisprudencia mantenida desde 1992, a saber, que los derechos contenidos en el derecho convencional internacional de derechos humanos forman parte de los derechos fundamentales de Costa Rica y prevalecen o se aplican preferentemente sobre la Constitución si ellos aseguran mayores atributos o garantías de los derechos que el texto constitucional:

*“Aunque no es esta la sentencia para extenderse en este aspecto, sí resulta necesario tomar en cuenta las resoluciones número 63, de treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y cinco; número 1993 de doce de mayo de mil novecientos setenta y seis, número 2076 de trece de mayo de mil novecientos setenta y siete, y número 1984/47 de veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, que adoptaron las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, las cuales son aplicables en nuestro país a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, porque a través de esta previsión se han elevado todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a rango constitucional, debiéndoseles tener no solamente como criterios de interpretación de la Constitución, sino que en la medida en que aquellos sean más favorables priman por sobre ella (ver en tal sentido sentencias número 0709-91, 2313-95 y 1032-96).”<sup>64</sup>.*

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa, en sentencia de 2008, reitera su línea jurisprudencial sobre la materia:

*“Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, plenamente exigibles por parte de los particulares a las autoridades públicas, a tal grado que si reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad que la norma prevista en la Constitución Política, priman por sobre ésta”<sup>65</sup>.*

El Tribunal Constitucional chileno ha asumido el principio pro homine o favor persona en la sentencia rol N° N° 740-07, de 2008:

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

<sup>64</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Exp: 03-005198-0007-CO, Res: 2004-05165, de las diez horas con cincuenta y tres minutos del catorce de mayo del dos mil cuatro.

<sup>65</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Exp: 08-012101-0007-CO, a las las trece horas y treinta y cuatro minutos del diecinueve de diciembre del dos mil ocho.

*el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud.”*<sup>66</sup>

Esta perspectiva ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional chileno en la sentencia 1361-09, su sentencia sobre la LEGE de 2009, donde se asume el postulado con el alcance precisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con cita explícita a ella:

*“Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: “En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);” (Rol 740);”*<sup>67</sup>

La Corte Suprema de El Salvador, ya en sentencia emitida en abril de 2004, ha precisado el abandono del principio de jerarquía entre normas constitucionales y tratados de derechos humanos, determinando que *el principio de aplicación en la materia no es la jerarquía sino la norma que mejor proteja los derechos de las personas*, el principio favor persona:

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

*“En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el [derecho internacional de los derechos humanos], en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional de los derechos humanos”*<sup>68</sup>.

Una sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre la materia en análisis es el fallo en el expediente N° 1417-2005-AA/TC, en el cual se determina:

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 740-07, de dieciocho de abril de dos mil ocho, considerando 69°.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73°.

<sup>68</sup> Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso Inconstitucionalidad de la ley anti maras”, Sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de fecha 1° de abril de 2004, considerando 3°. Ver texto en Revista Diálogo Jurisprudencial N° 1 julio-diciembre 2006, Ed. IIDH-KAS-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 153 – 163.

*“la noción de ‘sustento constitucional directo’ (...) no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la norma fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55 de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control de constitucionalidad o ‘bloque de constitucionalidad’”<sup>69</sup>.*

Por último, este sobrevuelo sobre la jurisprudencia de cortes supremas y tribunales constitucionales latinoamericanos que hemos desarrollado en orden alfabético, debemos cerrarlo con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Uruguay, para lo cual citaremos la sentencia de octubre de 2009, que explicita la doctrina de dicha Corte:

*“La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.*

(...)

*Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.*

*Como señala Nogueira, en la medida que los derechos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Riso Ferrand. Ob. Cit. pp. 114 y 115)”<sup>70</sup>.*

Este enfoque de los derechos supera el enfoque tradicional de la jerarquía normativa y posibilita siempre aplicar la norma que mejor protege el o los derechos en análisis o aquella que los restringe o limita menos, en la medida que los derechos y la dignidad

<sup>69</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, exp. N° 1417-2005-AA/TC, caso Manuel Anicama Fernández, fundamento jurídico 9°.

<sup>70</sup> Sentencia de la Suprema Corte del Uruguay, N° 365, de 19 de octubre de 2009, Magistrados “Larrieux, Van Rompaey, Rubial Pino, Chediak, Gutierrez, fundamento III.8. Ver Riso Ferrans, Martín (2010).

de la persona son los pilares fundamentales del ordenamiento constitucional en un constitucionalismo democrático contemporáneo. Esta perspectiva implica reconocer en la CADH un instrumento que forma parte del *orden público interamericano*, en la misma perspectiva que en su momento hizo la Corte europea de Derechos Humanos respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos, como “*instrumento constitucional del orden público europeo*”<sup>71</sup>.

### 2.2.2. 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 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 las interpretaciones contrarias 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 el *corpus iuris* de los derechos humanos, cuando este es superior al estándar del derecho interno.

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 de resolver el inmenso tráfago de asuntos sobre los cuales ya ha sentado líneas jurisprudenciales claras, que los tribunales nacionales deberían seguir. Hay asimismo una razón de economía procesal que conduce a la misma conclusión.

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”.*

<sup>71</sup> Corte EDH, caso Loizidou c. Turquía, excepciones preliminares, 23 de marzo de 1995, párrafo 75. Ver comentario sentencia en Sudré, F y otros. (2005). *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*. París. Ed Themis, capítulo I: “un instrumento del orden público europeo”.



*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>72</sup>.*

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.

## Conclusiones

De acuerdo a la decisión de ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado de Chile libre, voluntaria y soberanamente decidió asumir el deber jurídico de respetar y garantizar los derechos asegurados en el *corpus iuris* interamericano, de acuerdo a los artículos 1.1 y 29 literales b y c de la CADH.

El Estado de Chile, sus órganos y autoridades se comprometieron a cumplir de buena fe la obligación erga omnes de adecuar su ordenamiento jurídico interno a partir de la Constitución para conformarlo de manera de garantizar los derechos asegurados convencionalmente, y si no estuvieren ya garantizados en el momento de la ratificación, se comprometió a adoptar de acuerdo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones convencionales las “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, de acuerdo al artículo 2º de la CADH. Además de la adecuación normativa, también deben ajustarse las conductas y los comportamientos de órganos y autoridades a los estándares mínimos de respeto y aseguramiento de los derechos ya señalados, de acuerdo al artículo 29 de la CADH, que asegura los principios favor persona y de progresividad.

Dentro de las obligaciones consignadas en los artículos 1, 2, 29, 63 y 67 a 69 de la Convención, los Estados Partes y sus órganos y autoridades deben concretar un control de convencionalidad, que implica integrar como parte del parámetro de control jurídico el *corpus iuris* interamericano con aplicación preferente, respecto de las

<sup>72</sup> Corte IDH. “Caso Tibi Vs. Ecuador”, sentencia de 07/09/2004, voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrafos 4º y 5º.

normas y conductas internas que tengan un estándar inferior al fijado por el órgano de interpretación y aplicación auténtico y final de la CADH, que es la CIDH. Ello es asimismo concordante con la obligación imperativa constitucional determinada en el art. 5º inciso segundo de la Constitución de respetar y promover los derechos esenciales asegurados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados y vigentes.

Dicho control de convencionalidad deben ejercerlo también los órganos jurisdiccionales del Estado a través de las “medidas de otro carácter”, dentro de las cuales se encuentran las resoluciones judiciales de cualquier y todo tribunal o corte interna que, como juez del fondo, debe aplicar preferentemente el estándar mínimo interamericano, cuando la normativa interna se encuentra bajo el mismo, como asimismo debe aplicar la normativa interna preferentemente si el estándar de ella es superior al estándar interamericano, en virtud del principio favor persona del art. 29 CADH, que como regla interpretativa de derechos es de aplicación preferente a la ley interna, la que no puede ser desconocida, suspendida, reformada o derogada sino de acuerdo a las normas del propio tratado y de acuerdo a las reglas generales del derecho internacional, como determina la Constitución en el artículo 54 N° 1 inciso 5º, en armonía con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que es derecho interno desde su ratificación, sin dejar de ser derecho internacional vinculante y norma imperativa de *ius cogens*.

Dicho control de convencionalidad debe ser ejercido por los jueces ordinarios, especiales y constitucionales a requerimiento de parte o de oficio, en virtud del principio *iura novit curia*, el derecho es conocido por el tribunal y debe aplicarlo por imperativo constitucional, especialmente si se trata de derechos humanos.

Asumiendo el *corpus iuris* interamericano y los métodos interpretativos de los derechos contenidos en la CADH se pueden establecer las bases de un diálogo interjurisdiccional, donde el juez interno se encuentra ante la posibilidad de proponer interpretaciones de la CADH y del *corpus iuris* interamericano que enriquezcan la visión del mismo, cuando dichas cuestiones no han sido aún abordadas por la CIDH, no existiendo pronunciamientos jurisdiccionales acerca de ellas. El juez nacional puede iniciar un diálogo en dirección del juez interamericano, que luego puede ser retomado por este último, en el mismo asunto controvertido o en otro que llegue a su competencia, ratificando o modificando el criterio del juez nacional, como es usual entre los jueces nacionales europeos y el TEDH <sup>73</sup>.

El diálogo de tribunales permite al juez interno deshacerse de las obligaciones que pesan sobre él, entre ellas su subordinación a la ley nacional, ya que, en virtud de los derechos asegurados convencionalmente aplicar preferentemente el derecho asegurado convencionalmente cuando la ley interna establezca un estándar más bajo que el que exige el derecho convencional, aplicando siempre la norma interna o convencional que

<sup>73</sup> Sudre, F. (2004) “A propos du ‘dialogue des juges’ et du control de conventionalité », en *Études en l’Honneur de Jean Claude Gaurón*. Les dynamiques du droit européen en début du siècle. Ed. A. Pedone, Paris, p. 218.

mejor proteja el derecho fundamental en juego o aquella que lo limite o restrinja menos de acuerdo al principio favor persona o pro homine y el principio de progresividad, así el juez nacional puede censurar las normas contrarias a la norma convencional, dejándolas sin aplicación. Por otra parte, el juez nacional podrá aplicar preferentemente la norma interna cuando establezca un estándar más alto que la norma convencional. Asimismo, los jueces nacionales podrán debatir sobre la interpretación del *corpus iuris* interamericano con la Corte Interamericana, teniendo presente, en todo caso, que la interpretación de la Corte Interamericana en la resolución del caso será obligatoria para el Estado Juez cuando esta resuelva el asunto y ponga fin al diálogo, de acuerdo con los artículos 67 a 69 de la CADH.

