

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISDICCIÓN CHILENA: LA SUPERACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE SU APLICACIÓN

GONZALO CAMPOS MEDINA*

RESUMEN

El Control de convencionalidad es una doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (comenzando desde *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) hasta el día de hoy) que consiste en el deber de los Estados –específicamente de los jueces nacionales y otros órganos vinculados a la administración de justicia– de realizar un control de las normas internas, contrastándolas con la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación realizada por la Corte Interamericana, reportando la norma inaplicable o inválida cuando sea contraria al derecho supranacional, y de esta forma asegurar el *effet utile* de la Convención. Durante este proceso de evolución no ha existido total claridad sobre el sentido y alcance de esta obligación internacional. Dudas, preguntas y críticas que en este artículo intentaremos superar.

Palabras clave: Control de convencionalidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ABSTRACT

The Conventionality Control is a doctrine developed by the Inter-American Court of Human Rights (Starting from Almonacid Arellano and others vs. Chile in 2006, until this day). Which is related to the duty of the states –specifically the national judges and other state agency's related to justice administration– of developing a control of internal norms, contrasting them with the American Convention of Human Rights and the interpretation made by the inter-American Court of Human Rights, considering the norm inapplicable or no valid when it's contrary to the supranational law, and this way guarantee the effect utile of the convention. During this evolution process there is not been actual clarity about the sense and the reach of this international obligation. Doubts, questions and critics that we will try to solve.

Key words: Conventionality Control, Inter-American Court of Human Rights, American Convention of Human Rights.

Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2013

Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2013

* Estudiante de Derecho. Universidad de Valparaíso. Ayudante en Centro de Estudios de Derecho Público. Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: gonzalo.campos@alumnos.uv.cl

I. INTRODUCCIÓN

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH, la Convención, Convención Americana) ratificada voluntariamente por Chile y que entró en vigencia el 5 de enero de 1991 en nuestro país, en su artículos 1.1 y 2 impone deberes específicos a los Estados a ella adheridos. Estos deberes consisten básicamente, por una parte, en respetar los derechos y libertades reconocidos por la Convención, garantizando a su vez su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna, y por otro, el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades¹. Esto sumado a las normas generales de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados –que se encuentra en vigor en nuestro país desde el 9 de mayo de 1981– principalmente el art. 26 que establece el principio *Pacta sunt servanda* debiendo los Estados cumplir sus tratados de buena fe y el art. 27 que excluye la posibilidad de que los Estados parte justifiquen su incumplimiento a los tratados invocando disposiciones de su derecho interno –salvo que se trate de una violación manifiesta que, a su vez, afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno²– generan un contexto de subordinación voluntaria por parte de las soberanías estatales adherentes con respecto a la normativa inter-

¹ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 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. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969”. “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados 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”.

² “Artículo 26. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

nacional en dicho ámbito, toda vez que no resulta lógicamente aceptable incumplir dichas obligaciones internacionales cuando las partes han consentido en obligarse libremente, así como señala Sagüés “El Estado que no esté dispuesto a pagar ese precio para sumarse al proceso integrativo en el ámbito de los derechos humanos, le quedará la salida honrosa (si decide enfrentar el costo jurídico y político que ella también tiene) de denunciar al Pacto de San José de Costa Rica, e irse de él según el trámite de retiro. Lo que no parece honroso es ratificar el Pacto y después argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución”³.

Como complemento necesario a este contexto de respeto y subordinación de los Estados de la región a los derechos consagrados convencionalmente, se entiende el rol que cumple la Corte Interamericana de Derechos Humanos (desde ahora CIDH, la Corte), al realizar, en sede consultiva o contenciosa, un control concentrado de convencionalidad (dicha terminología –“control concentrado”– resulta propia del derecho constitucional, sin embargo, será utilizada en esta introducción con un fin meramente práctico y didáctico⁴) en

Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46” *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. U.N.DocA/CONF.39.27 (1969), 1155 U.N.T.S. 336, entrada en vigor el 27 de enero de 1980. Viena 23 de mayo de 1969.

³ SAGÜES, Néstor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en: *Revista Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, campus Santiago*, año 8, N° 1 (2010), p. 125 [citado el 15 de octubre de 2013], <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>

⁴ Se hace el alcance, puesto que algunos autores han considerado un grave error la tendencia de la doctrina propiciada, según han dicho, por la misma Jurisprudencia de la Corte, en abordar el control de convencionalidad desde el ámbito propio del Constitucionalismo, pues termina en ocasiones por asimilarlos. Ver AGUILAR, Gonzalo, “¿Quién es el guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?” [en línea], en: *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 6 (2011), p. 48 [citado el 15 de octubre de 2013], <http://www.derechosfundamentales.cl/revista/06.01.Aguilar.pdf>. Por otro lado, el análisis del control de convencionalidad, desde una perspectiva tanto concentrada como difusa, ha sido entendido como un proceso de internacionalización de las categorías constitucionales, como señala el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “Una de las manifestaciones de este proceso de “internacionalización” de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”, teniendo la última interpretación constitucional los tribunales, cortes o salas constitucionales o en algunos casos, las

virtud del cual, determina a través de una sentencia, el sentido y alcance de las disposiciones de la CADH, en su esfuerzo por establecer la compatibilidad o incompatibilidad de las normas internas, o de los actos de un agente del Estado parte, en relación a las disposiciones de la CADH, y en su caso, como resultado de su decisión, ordena al Estado parte modificar, suprimir o derogar la norma interna, como también determinadas prácticas de órganos estatales que contravengan los derechos y garantías resguardados convencionalmente.

No obstante lo anterior, lo que aquí nos ocupa no es el control de convencionalidad concentrado (lo llamamos de esta forma con algunos reparos⁵) realizado por la Corte en el plano interamericano, sino aquel que surge formalmente por un fallo de la misma Corte el año 2006 a propósito del caso “Almonacid Arellano y otros *versus* Chile”⁶ y complementado en su contenido por otros fallos importantes que

cortes supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este “control concentrado” lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad” al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno (...)” FERRER, Eduardo, “Reflexiones sobre el Control difuso de Convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México” [en línea], en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, Nº 131 (2011), p. 929, [citado el 15 de octubre de 2013], <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/131/inf/inf20.pdf>

⁵ El profesor Aguilar ha sostenido que la Corte ha cometido un error al referirse a su actividad, como un Control de Convencionalidad, ya que dicho concepto nació y se ha ido desarrollando en el plano interno de los Estados. Ver AGUILAR, “¿Quién es el guardián de la Convención Americana...”, p. 48.

⁶ Aun cuando la primera vez que se utiliza el vocablo “Control de Convencionalidad” sería en el Caso Myrna Mack Chang (2003) en el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”. Corte IDH: *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie

ya entraremos a comentar, aun cuando pueda sostenerse satisfactoriamente que dicho imperativo de ejercer el control más que surgir del fallo mencionado, nace al momento de obligarse todo Estado a la Convención, toda vez que es una consecuencia necesaria del imperativo contenido en el art. 2 de la misma, norma última fundante del control de convencionalidad (seguimos en este sentido, lo expuesto por la Corte y parte de la doctrina, respecto al control de convencionalidad⁷). Con todo, el control referido, desde un ámbito jurisdiccional, establece una directriz para los tribunales y órganos encargados

CN° 101. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso *Mack Chang vs. Guatemala* del 25 de noviembre de 2003. párr. 27.

- ⁷ Aquello se desprende de la opinión de un sector de la doctrina sobre el Control de Convencionalidad. Véase por ejemplo el tratamiento que le da en NOGUEIRA, Humberto, “Los Desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales” [en línea], en: *Boletín mexicano de Derecho Comparado* nueva serie, año XLV, Nº 135 (2012), pp. 1167-1220 [citado el 15 de octubre de 2013], <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/135/art/art8.pdf>. Se alude, a su vez, a la argumentación de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, al señalar: “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 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. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicarlas disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154 párr. 123 a 124.

de la administración de justicia de los Estados miembros en miras de que sean ellos quienes asuman internamente el rol de la CIDH, ejerciendo un control de convencionalidad, ahora, descentralizado de las normas internas, tomando en consideración la CADH, sus protocolos complementarios y las interpretaciones vinculantes que la CIDH realiza de la misma, como instrumento que facilite y asegure la armonización y compatibilidad del derecho interno con la obligación internacional que los mismos Estados consentidamente han adquirido. Ahora bien, este mandato realizado por la Corte se ha construido en base a una evolución y desarrollo del concepto que a lo largo de —como ya hemos dicho— diversos casos sometidos a su conocimiento ha ido clarificando y dotando de contenido.

Tomando en cuenta lo dicho, en las siguientes líneas buscaremos abordar la temática desde tres perspectivas o ejes distintos, que configurarán la estructura y metodología del presente artículo: en primer lugar se expondrá, desde una posición meramente descriptiva, la evolución que ha tenido la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y de la misma forma, en el mismo apartado, se hará referencia a parte de las críticas que se han esbozado en relación a su aplicación. Luego, desde una segunda perspectiva, ya no descriptiva, sino crítica y reflexiva, abordaremos dichos argumentos analizando minuciosamente su pertinencia, para lo cual haremos las objeciones y alcances que nos parezcan menester realizar con el fin de presentar un primer panorama que no tardará en exhibir los grandes problemas que surgen de la aplicación del control de convencionalidad en nuestro país. Por último, en vista de lo anterior, pasaremos a formular las vías de aplicación que nos resultan propicias para una adecuada asimilación de la doctrina del control de convencionalidad en el orden interno, pretendiendo solucionar las incertidumbres que ha provocado en la discusión doctrinal. Siguiendo estos lineamientos la estructura global del artículo se presenta de la siguiente forma: I. Introducción, II. Evolución de la doctrina del control de convencionalidad. Cuestionamientos formulados, III. Tratamiento de la problemática. Alternativas de aplicación, IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

II. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. CUESTIONAMIENTOS FORMULADOS

Como ya se advertía, no podemos concebir desentrañar los alcances del control de convencionalidad, sino fijamos la mirada desde un

presupuesto básico, a saber, su contenido no se expresa como un todo invariable y rígido, al contrario, la complejidad en la comprensión del mismo, ha impulsado a la Corte a delimitar sus aristas, dando luces cada vez más certeras y comprensivas para los Estados vinculados. Delimitaciones que si bien reflejan un esfuerzo en conseguir la real adecuación, comprensión e internalización del control en los Estados, de todas formas, siguen siendo resistidas y en ocasiones poco entendidas por gran parte de la doctrina, y es bajo dicha circunstancia, que luego de hacer una breve revisión de la evolución antes aludida, abordaremos parte de las críticas y reflexiones de la doctrina sobre el tema.

2.1. Evolución

El control de convencionalidad fundado en el art.2 de la CADH, nace como directriz de la CIDH con el caso “Almonacid Arellano y otros versus Chile” en el año 2006, en donde el Tribunal se refiere una vez más al deber de los Estados en orden a no aplicar normas que tengan por objeto impedir la investigación, procesamiento, juzgamiento y eventual sanción de quienes hayan efectuado violaciones a los derechos humanos de relevancia tal, que se concretan en crímenes considerados de suprema gravedad e imprescriptibles por el ordenamiento internacional⁸. En dicha oportunidad, la Corte Interamericana establece formalmente la doctrina del control de convencionalidad, no obstante, la orden se presenta difusa en sus inicios, refiriéndose a “una especie” de control de convencionalidad, en el considerando 124 del mencionado fallo:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean

⁸ Véase para un mayor análisis de este caso ZALAUQUETT, José, “El Caso Almonacid. La Noción de una obligación Internacional Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad” [en línea], en: *Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile*, N°3 (2007) [citado el 15 de octubre de 2013], <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13481/13749>

mergadas 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 esa 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”⁹.

En otros casos la doctrina del control, se repitió sin cambios significativos¹⁰ hasta llegar al caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, donde la CIDH precisa de mejor manera el concepto, ya no refiriéndose a “una especie” de control sino derechamente a un control de convencionalidad, dotándolo además de mayor contenido. Las precisiones que la Corte hace entonces en este caso al control de convencionalidad desde el aspecto jurisdiccional son las siguientes: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces 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 las leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo 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 pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad de este tipo de acciones”¹¹.

De las apreciaciones hechas en este caso, es posible notar cómo se manifiestan desde ya algunos problemas, pues como veíamos, el

⁹ Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154 párr. 124.

¹⁰ Corte IDH, casos: “*La Cantua vs. Perú*”, 29 de noviembre de 2006 consid. 173. “*Boyce y otros vs. Barbados*”, 20 de noviembre de 2007, consid. 78

¹¹ Corte IDH, en *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones preliminares, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158 párr. 128.

mensaje es claro y categórico para los jueces, y en especial para aquel o aquellos facultados para ejercer el control de constitucionalidad, pues estos complementaria y simultáneamente deben efectuar un control de convencionalidad tomando como instrumento de contraste la CADH frente a la norma interna, los instrumentos complementarios a ella, e incluso, siguiendo a algunos autores, las normas internacionales con carácter de *ius cogens*. Así observa, por ejemplo, el profesor argentino Juan Carlos Hitters: “Tal cual ya lo hemos expresado repetidamente, tanto los judicantes domésticos como los de la Corte IDH, deben buscar la ‘compatibilidad’ entre las normas locales y las supranacionales. En este aspecto cabe repetir, que cuando hablamos de estas últimas no nos referimos solo al Pacto de San José, sino a otros Tratados Internacionales ratificados por la Argentina, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH. Al aludir a las normas internacionales se pueden citar: el Protocolo de San Salvador; el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera; que integran el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos, tal cual quedó dicho”¹².

Ahora bien, siguiendo con el punto que hicimos visible, un control complementario de convencionalidad al control de convencionalidad e incluso de oficio como señala la Corte en este caso, responde a la tendencia y necesidad del proceso de constitucionalización de los derechos humanos como esfuerzo de los Estados por adecuar su ordenamiento jurídico a los estándares internacionales, como medida que otorga una mayor protección a estos derechos y que contribuye a satisfacer la obligación del art. 2 de la CADH. No obstante, aun cuando este fallo pueda, en ocasión a lo que analizamos, confundirnos, lo cierto es que no podemos concebir una asimilación de ambos tipos de controles, pues atañan a circunstancias, fines y especificaciones diversas (creemos necesario entonces la convivencia interna de tres tipos de controles diversos en el orden interno, un control de legalidad, cons-

¹² HITTERS, Juan Carlos, “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)” [en línea], en: *Estudios Constitucionales. Centros de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca*, año 7, Nº 2 (2009), p. 120 [citado el 15 de octubre de 2013], <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>

titucionalidad y por último, uno de convencionalidad)¹³ todo lo cual no niega ni objeta en lo absoluto la hipótesis siempre necesaria de que el ordenamiento interno y el internacional se complementen, objetivo que solo resulta viable si además de reconocer ciertos derechos en la Constitución, se le dota, a su vez, de jerarquía constitucional a los tratados que versan sobre derechos de esta índole, pues solo de esta forma se hace posible una verdadera comunicación entre estos órdenes normativos¹⁴, aspecto de vital importancia, pues como señala el profesor Aguilar: “Solo la suma del orden constitucional y del orden internacional de los derechos humanos fundamentales puede proporcionar una protección a la integridad del ser humano”¹⁵.

Con todo, es un punto que efectivamente si observamos con mayor detención nos daremos cuenta que acarrea una serie de inconvenientes que la doctrina no ha tardado en hacer presente, toda vez que para las naciones que poseen un sistema desconcentrado o difuso de constitucionalidad en donde todo juez es competente para realizar tal revisión, la orden podría, al parecer, concretarse sin mayores problemas, pues podrá resultar con facilidad digerible la premisa siguiente: si todo juez es competente para referirse a la constitucionalidad de las normas, también todo juez podría llevar a cabo el control de convencionalidad. Sin embargo, en países como Chile, donde el control de constitucionalidad se practica de manera más concentrada que difusa –no obstante, consideramos del todo satisfactoria la categorización de este control como uno de carácter Mixto–¹⁶, pero con un rol preponderante de un organismo autónomo, Tribunal Constitucional (en adelante el Tribunal, TC), la cuestión desde un punto de vista escéptico, no logra encajar en

¹³ Ver las observaciones y distinciones de estos tres tipos de controles que realiza el profesor Gonzalo Aguilar en AGUILAR, Gonzalo, “¿Quién es el guardián de la Convención Americana...”, pp. 28-36.

¹⁴ AGUILAR, Gonzalo, “¿Quién es el guardián de la Convención Americana...”, p. 23.

¹⁵ AGUILAR, Gonzalo, “¿Quién es el guardián de la Convención Americana...”, p. 22.

¹⁶ Seguimos en esto a lo que señala el profesor Aguilar sobre el control realizado en mayor medida por el TC: “(...) porque también incumbe servirlo a los Tribunales Superiores en los recursos de habeas corpus y de protección, a la Contraloría General de la República, a través del control de juridicidad de ciertos actos administrativos, y al Senado junto con la Cámara de Diputados mediante la acusación en juicio político y el rol tanto de las comisiones como de las salas en idéntico sentido”. AGUILAR, Gonzalo, “¿Quién es el guardián de la Convención Americana...”, p. 32.

todas sus aristas, más aún si en el mencionado fallo se refiere también a un control *ex officio* a realizarse por los Jueces.

Ahora bien, un salto importante en este último punto fue el esfuerzo que realizó la CIDH en un caso posterior, conocido como “Cabrer García y Montiel Flores respecto de México” donde la Corte asumiendo que en algunos Estados –como Chile– los Tribunales Constitucionales se conforman como órganos autónomos independientes del Poder Judicial, extiende el campo de aplicación del control, señalando que no solo los jueces se encuentran vinculados a ejercerlo *ex officio*, sino que los distintos “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”¹⁷. No obstante lo anterior, aún queda por resolver la primera incertidumbre, asunto que ya trataremos en profundidad, pero resulta menester decir por el momento, que la Corte ha sido categórica y así también un sector de la doctrina que se inclina por sostener la aplicación difusa o desconcentrada del control de convencionalidad, viéndose obligados a realizarlo todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia –como también, otros órganos del Estado ajenos a la jurisdicción, ámbito importante pero que no profundizaremos en esta oportunidad–. Para efectos prácticos, resulta fundamental decir que la CIDH en este último fallo también citó jurisprudencia de tribunales de alta jerarquía que se han referido y han aplicado el control de convencionalidad apoyándose en las interpretaciones realizadas por la Corte, así fue citada por ejemplo: la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, el Tribunal Constitucional del Perú, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana y la Corte Constitucional de Colombia, en ese sentido se da cuotas de certeza en cuanto a la adopción concreta y posible de dicho control por parte de los Estados vinculados.

2.2. Cuestionamientos

Como ya hemos visto desde el caso “Almonacid Arellano y otros *versus* Chile” hasta la actualidad, la doctrina del control de convencionalidad no se ha configurado como un mandato uniforme y exento

¹⁷ Corte IDH. *Caso Cabrer García y Montiel Flores*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 225, párr. 225.

de precisiones, sin embargo siempre ha conservado su fin último y esencial –a saber– asegurar el cumplimiento eficaz de las obligaciones internacionales de los Estados con respecto a la CADH y los derechos fundamentales que de ella se extraen, toda vez que estos derechos de las personas conforman un deber de respeto y garantía que los Estados parte deben asegurar en virtud de un interés mayor, supranacional de toda la región. Realizando dicho control, fundado en el art. 2 de la CADH, los Estados asegurarán el *effet utile* de la convención, evitando así caer en supuestos de responsabilidad internacional. Con todo, el control de convencionalidad se ha hecho complicado de digerir por parte de los Estados, como ocurre en Chile, donde incluso buena parte de la doctrina y los jueces internos insisten en cuestionar la jerarquía de estos tratados de DD.HH. dotándolos la mayoría de las veces entre una jerarquía supralegal pero infraconstitucional –cuestión del todo errónea y que ya pasaremos a revisar– oponiéndose tajantemente al supuesto en el que se afirma el control de convencionalidad, ya que según la Corte, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia estarían obligados a realizarlo incluso de oficio, es decir, de propia iniciativa y directamente, vale decir no se hace necesario estar autorizado por la Constitución ni por autoridades internas, aun cuando la misma Corte incorporó un matiz al referirse que debe realizarse “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”¹⁸ (aspecto que tendremos en cuenta a la hora de proponer vías de aplicación favorables). No obstante, parte del supuesto de que ante la colisión entre la norma interna y el CADH, debe primar la normativa internacional, y en dicho contexto es que la doctrina chilena, que no se muestra conteste en cuanto a la jerarquía de estos tratados, también hace sus cuestionamientos al control de convencionalidad. Así por ejemplo, Henríquez critica: “Ha sido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ha atribuido mayor jerarquía a la Convención y a la Jurisprudencia americana que el resto de la normativa interna de los Estados, incluso por sobre las Constituciones, asignán-

¹⁸ Corte IDH, en *Trabajadores Cesados del Congreso* (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Excepciones preliminares, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Serie C, N°158 párr. 128.

dole rango supraconstitucional”¹⁹. Continúa luego señalando “(...) Sobre lo anterior, estimo que –en un sistema de Derecho Positivo, respetuoso de la certeza jurídica y de las propias finalidades del Estado de Derecho, principalmente de la limitación del poder– la jerarquía de los tratados de derechos humanos –e incluso la atribución del carácter de fuente formal del Derecho a la Jurisprudencia que emana de los tribunales nacionales o internacionales– solo puede ser decidida por la Constitución de cada Estado. Como es sabido, la Constitución Política de la República no ha explicitado –a mi juicio lamentablemente– cuál es la jerarquía de los tratados en general y de derechos humanos en particular en nuestro sistema de Fuentes del Derecho”²⁰.

Así también la misma autora se apresura en esbozar una serie de preguntas que le quedan, ante sus parámetros, inconclusas: “¿La declaración de inconvencionalidad importa el deber judicial de inaplicar el precepto objetado o el deber de declararlo inválido con efectos generales? ¿La norma carecerá de efectos jurídicos para el futuro o hacia el pasado? ¿Cómo se concilia este tipo de control en aquellos casos en que los jueces no pueden declarar la invalidez de las normas, por ser el control concentrado? ¿Procederían recursos en contra de aquellos jueces que no realicen dicho control de oficio? ¿Puede un órgano del Estado sin facultades jurisdiccionales realizarlo? ¿En qué condiciones y bajo qué régimen de resguardo de su imparcialidad y responsabilidad?”²¹.

Por otra parte, Silva que también parece compartir dichas críticas, formula otros cuestionamientos aún más severos: “En Chile el precedente no es obligatorio; la jurisprudencia no es una fuente de derecho vinculante. ¿Cuál sería la razón para reconocerle fuerza obligatoria a la interpretación de la CIDH? Ni la Corte Suprema ni el Tribunal Constitucional imponen sus reglas de decisión como normas obligatorias para los demás tribunales, ¿por qué habría de reconocérsele este efecto a las reglas de la CIDH?”²².

¹⁹ HENRÍQUEZ, Miriam, “Control de convencionalidad en el Sistema Interamericano: Más dudas que certezas” [en línea], en: *Diario Constitucional* (2012) [citado el 28 de octubre del 2013], <http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=166>

²⁰ HENRÍQUEZ, Miriam, “Control de convencionalidad en el Sistema Interamericano...”.

²¹ HENRÍQUEZ, Miriam, “Control de convencionalidad en el Sistema Interamericano...”.

²² SILVA, Luis, “Objeciones al control de convencionalidad: una reflexión sobre la sentencia Atala” [en línea], en: *Diario Constitucional* (2012) [citado el 28 de octubre del 2013], <http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=149&idautor=83>

También realiza la observación de que en Chile el control de constitucionalidad es concentrado por lo que según él “aceptar un control difuso de convencionalidad supone una amenaza al sistema de control de constitucionalidad”²³. Además señala “en el fondo, la ley –expresión de la voluntad soberana– debe ceder frente a las reglas que fija un grupo de jueces, designados por un proceso que, desde el punto de vista de su legitimidad democrática, puede merecer serios reparos”²⁴.

Como es posible notar, este sector de la doctrina es categórico en sus apreciaciones, incluso más, sin mucho esfuerzo podemos con facilidad comprender y hasta empatizar con sus juicios, pero desde ya advierto que, en virtud de los reparos que presentaré a continuación, aquello constituiría una determinación un tanto apresurada.

III. TRATAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA. ALTERNATIVAS DE APLICACIÓN

3.1. Análisis de Críticas

Visto y considerando que las críticas parten sobre un punto de fondo profundamente relevante como lo es la disconformidad que presenta un sector de doctrina en relación a la eventual jerarquía supraconstitucional de los tratados internacionales sobre DD.HH., que según los argumentos relatados, sería posible desprender del mandato de la CIDH, es que optaremos por abordar, primeramente, esta problemática adoptando una posición al respecto.

En primer lugar, resulta menester decir que una primera forma –y más evidente– de superar las críticas, es señalando que del mismo art. 1 y 2 de la CADH más el art. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se desprende el deber de los Estados de cumplir con el tratado, además de adoptar los mecanismos internos necesarios para asegurar el efecto útil del Pacto, en ese sentido, tal sometimiento del orden interno a las obligaciones internacionales y a su vez, el imperativo de adecuar sus normas internas para no contravenir los derechos convencionales, estarían contraídos voluntariamente por el Estado, toda vez que fue el mismo Estado, el que en ejercicio de su soberanía, tomó la decisión de vincularse jurídicamente a lo

²³ SILVA, Luis, “Objeciones al control de convencionalidad: una reflexión...”.

²⁴ SILVA, Luis, “Objeciones al control de convencionalidad: una reflexión...”.

anterior, en el momento preciso en que decide manifestar su consentimiento con el contenido del Tratado.

Es por tanto, lógicamente injustificable, afirmar como lo hace Silva, que el cumplimiento de la realización del control de convencionalidad, consecuencia de la obligación contraída implica una transgresión a la misma soberanía de los Estados aludida. Ahora bien, siendo estrictos las críticas apuntan específicamente a la obligación de los Estados por vincularse a las interpretaciones de la CIDH, intérprete última de las normas de la Convención, aspecto sin lugar a dudas relevante, pues como señala Silva, en Chile los precedentes judiciales no son vinculantes y por tanto, podría quedar la duda como dice el profesor, de cuál sería la razón por la que debemos aceptar la jurisprudencia de la CIDH.

La interrogante es clara y nos invita persuasivamente a compartirla, sin embargo resulta imposible –con algo de sentido lógico– no desecharla. Primeramente, conviene aclarar desde ya, que si nos dirigimos al art. 62 de la CADH, los Estados pueden “en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”²⁵. En dicho sentido, cabe verificar si Chile así lo hizo, aspecto que evidentemente dejaría sin posibilidad de reproches la vinculación del Estado ante la interpretación de la Corte, al menos desde una perspectiva de conocimiento *inter partes*. Lamentablemente para algunos, dicha hipótesis se da en el hecho, pues como se señala en el caso *Almonacid Arellano* y otros *versus* Chile, nuestro país además de ser Estado Parte en la Convención Americana desde el 21 de agosto de 1990, reconoció la competencia de la Corte en esa misma fecha. “En ese momento declaró que reconocía la competencia de la Corte, conforme a lo dispuesto por el artículo 62 de la Convención”²⁶. Resulta por tanto insatisfactoria e ingenua alguna crítica de la doctrina en este ámbito.

²⁵ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

²⁶ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 38.

Ahora bien, si aún quedara duda razonable en cuanto a el porqué de someternos a la interpretación de un tribunal que –en términos de Silva– no es democrático en la forma de componerse, solo es necesario decir para derribar dicho cuestionamiento, que ciertamente de adoptarlo, debiéramos aceptar sin reproches, cuestionamientos tan categóricos como el mencionado por la doctrina, en relación a lo legítimo de las decisiones del Tribunal Constitucional, de todo juez en general e incluso de autoridades públicas como los intendentes, pues, en el hecho, ninguno de ellos se ha constituido bajo un sistema de elección popular-democrática, razón por la cual, padecerían sus decisiones de la misma reprochabilidad que asume Silva en torno a la CIDH. Evidentemente, esto resulta infructuoso, pues quien quiera cuestionar la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional, o de los jueces tendrá que, a su vez, estar en condiciones de rebatir los argumentos que se formulan a su defensa, donde resulta usual la utilización de criterios que son perfectamente amoldables a la situación de la Corte Interamericana, así por ejemplo María José Zegers y Tomás Mackenney parafraseando al juez Hamilton en relación a su justificación en “El Federalista” N° 28 al control normativo efectuado por los jueces señalan: “La justificación era la siguiente: en primer lugar, la circunstancia de que los jueces pudieran negar la validez, no significaba de modo alguno que los jueces fueran superiores a los legisladores. Por otro lado, aquello tampoco implicaba cuestionar “la voluntad soberana del pueblo. Al contrario, para Hamilton la decisión de anular una ley lo que hacía, era precisamente, reafirmar el peso de la voluntad popular”²⁷.

Con todo, nos atrevemos a afirmar –sin temor a equivocarnos– que en la práctica o en el quehacer ciudadano, a un número muy marginal de ellos se le ocurriría, categóricamente cuestionar el peso legítimo de las decisiones de estos órganos, cosa que se explica en razón de que,

²⁷ ZEGERS, María José y MACKENNEY, Tomás, “El Tribunal Constitucional, El control de Constitucionalidad, y la declaración de Inaplicabilidad” [en línea], en: *Tesis de grado. Universidad de Chile*, p. 82 (2010) [citado el 15 de octubre de 2013], http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-zegers_m/html/index-frames.html citando a MADISON, James, HAMILTON, Alexander y JAY, John, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957; citado por GARGARELLA, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes” [en línea] en: *Insomnia* N° 6, p. 56 (1997) [consulta: 15 de mayo de 2010], http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf

como integrantes de una misma sociedad, no concebimos necesariamente que la sola elección popular le podría proporcionar la legitimidad necesaria a estos órganos, sino que, si bien la integración o selección de las autoridades u órganos referidos no emanan, en concreto, de un acto o procedimiento soberano democrático directo, resulta de todos modos, perfectamente atribuible aquella noción, cuando el proceso por el cual estas son elegidas, proviene al menos, indirectamente de un acto de dicha categoría, más aún, cuando la misión que ellos puedan cumplir va en directo beneficio del individuo o del bien común²⁸, en esta misma dirección apuntan los mencionados María José Zegers y Tomás Mackenney a propósito de un análisis de las críticas y teorías sobre la legitimidad Tribunal Constitucional: “Estos argumentos suelen acompañarse por otros que defienden la legitimidad de los jueces, sosteniendo que el ‘déficit democrático’ que los afecta no es tan grave. En primer lugar, porque no son electos de un modo antidemocrático sino que de acuerdo a lo que establece la Constitución. Además, en el caso de ciertos Tribunales Constitucionales —o sus equivalentes— se argumenta que el hecho de que intervengan todos los poderes del Estado en la designación de sus miembros, lo convierte en un órgano suficientemente representativo de la voluntad popular”²⁹.

Ergo, no podemos negar el hecho de que diversas autoridades nombradas por el presidente o el congreso, adquieren estatus democrático suficiente para hacer vinculantes sus decisiones, en razón de la derivación que estas mismas hacen de su propio erigimiento democrático-popular. Así entonces, debe entenderse que esto mismo ocurre con la conformación de la CIDH, pues inevitablemente su integración se deriva, en último término, de la misma Convención Americana de Derechos Humanos, y en consecuencia, indirectamente, del acto de expresión soberana en que los Estados la adoptaron voluntariamente.

En un esfuerzo por despejar del todo esta controversia, se hace menester decir que la crítica a la vinculación de la interpretación de la Corte por la doctrina, nos lleva a la conclusión de que estos

²⁸ Véase explicación que se da sobre lo planteado por Patricio Zapata en ZAPATA, Patricio, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Parte general*, Santiago, Biblioteca Americana, 2002 p. 11. ZEGERS, María José y MACKENNEY, Tomás, “El Tribunal Constitucional, El control de...”, p. 93.

²⁹ ZEGERS, María José y MACKENNEY, Tomás, “El Tribunal Constitucional, El control de...”, pp. 93-94.

consideran, alejados de toda duda, que el control nace de la misma interpretación que hace la Corte, de ahí la justificación de su inaplicabilidad. Argumento que, reitero, se funda en una consideración profundamente errónea, toda vez que el control no se funda en último término en el caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile”, ni en la interpretación que en dicha ocasión realiza la Corte, sino más bien, en la norma del art. 2 de la CADH como ya se ha puntualizado. Por último, ha sido el mismo Estado de Chile a través de su actuar, el que ha asumido la jerarquía superior de los tratados de DD.HH. y su subordinación al respeto de los derechos convencionales como a las interpretaciones de la Corte, pues que otra conclusión podríamos deducir si fue el mismo Estado de Chile el que a partir de la sentencia del caso “La última tentación de Cristo” modifica una norma Constitucional (art 19 n° 12) por colisionar con la CADH. A mayor abundamiento, para agotar el tema, aceptar la interpretación de la CIDH constituye la única forma posible de la realización coherente y práctica del Control, pues de no seguirse la misma, se corre el riesgo como advierte Londoño, de una fragmentación jurisprudencial³⁰ en razón de las múltiples interpretaciones eventuales locales y de la región por parte los distintos jueces vinculados por el control de convencionalidad. Se hace por tanto, también insostenible que los Estados cumplan la Convención de la manera que estos estimen conveniente, según sus propios criterios interpretativos. Es por ello que nos mostramos favorables al establecimiento de necesarias limitaciones a la doctrina de margen de apreciación nacional, pues en la mayoría de las ocasiones se utiliza de forma tal, que terminan por propiciar evasiones manifiestas a los deberes y obligaciones internacionales³¹.

³⁰ LONDOÑO, María, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana Derechos Humanos” [en línea], en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XLIII, Nº 128 (2010), pp. 761-814 <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42719870007>

³¹ Se recomienda para este punto la lectura del artículo de BARBOSA, Francisco, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales” [en línea], en: *Revista Derecho Del Estado*, Vol. 27 (2011) [citado el 15 de octubre de 2013], biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/7.pdf

3.2. Propuestas de aplicación

Pasando a otra dimensión de la problemática planteada por la doctrina, y en un intento por proponer soluciones concretas que despejen en la mayor medida posible las dudas sobre la aplicación del control en nuestro país, abordaremos con vista de razonabilidad práctica la disyuntiva, tomando en cuenta netamente nuestra realidad jurídica como país, y así dar una propuesta que armonice correctamente el mandato de la CIDH a nuestro régimen jurídico interno. Sin perjuicio de considerar imprescindible una evolución en la adopción de diversas medidas tendientes a concretar de mejor manera el control por parte de nuestro país y así cumplir debidamente con lo pactado.

En primer lugar, como ya se ha dicho, Chile tiene un control relativamente concentrado de Constitucionalidad donde el principal órgano encargado de resguardar la constitucionalidad de las leyes es el Tribunal Constitucional, por tanto, el mandato de la CIDH en relación a que el control de convencionalidad debe aplicarse complementariamente al control de Constitucionalidad, y debe ser realizado por todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, incluso de oficio, es ciertamente complejo, pues se transforma en un control difuso difícil de aplicar y asume a su vez que todos los jueces conocen de temas constitucionales, aspecto que no se da en nuestro país. Por ello, sostendré primeramente, para estructurar mi propuesta, que en Chile la Constitución Política de la República reconoce jerarquía constitucional a los tratados de DD.HH., en virtud de la enmienda realizada al inciso 2° del art. 5 de la Constitución, disposición que establecía: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, a la que a través de dicha enmienda se le agrega lo siguiente: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”³².

A mayor abundamiento, de los documentos del consejo técnico encargado de estudiar la reforma se expresa claramente que la reforma propuesta, persigue robustecer las garantías constitucionales y la vi-

³² El artículo 5 fue enmendado por el artículo único, N° 1, de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989.

gencia de los derechos humanos³³ por tanto, si antes de la reforma ya existían normas que protegían el respeto a estos derechos, como lo era el mismo art. 5 de la Constitución, la reforma no tiene otro objetivo más que elevar la promoción, garantía y jerarquía de estos derechos, toda vez que hasta el momento antes de la enmienda, ya se le reconocía a estos tratados una jerarquía superior a la ley, razón por la cual, creemos que la enmienda no podía querer menos que elevar dicha categoría a rango constitucional.

Asumiendo lo anterior, es que se hace posible argumentar que en Chile el órgano encargado de resolver la constitucionalidad de las leyes, vale decir, el Tribunal Constitucional debiera incorporar el control de convencionalidad conjuntamente al control de constitucionalidad de los preceptos legales, buscando facilitar su armonización con la labor propia del juez constitucional en sus esferas de competencia, teniendo presente siempre, que la jerarquía de los derechos involucrados, se exhiben al juez doméstico, desde el mismo escalón normativo que la Constitución, lo cual lo debiera llevar a la búsqueda de un complemento de ambos estándares, como ya hemos señalado. Ahora bien, no debemos confundir o asimilar dichos controles (aun cuando puedan funcionar simultáneamente y de forma interrelacionada), pues es perfectamente posible que en la hipótesis de tener por adoptada otro tipo de fórmula, distinta a la que proponemos, en donde se permita por ejemplo, la aplicación de estos dos controles por separado, por un mismo tribunal y sin el criterio de complementariedad aludido, eventualmente, el juez que deba realizarlos puede, por una parte, estar acostumbrado a una interpretación restrictiva del texto constitucional (sin posibilitar una integración de los demás derechos humanos y parámetros de la Convención) y por otro, realizar a su vez, adecuados exámenes de convencionalidad, en lo que respecta a tomar en cuenta la CADH y la interpretación de la Corte, haciéndose posible que frente a una misma norma, el tribunal predique su inconventionalidad pero, paradójicamente, en su oportunidad, logre defender lógica y argumentativamente con éxito (cuestionable desde

³³ Ver Informe de la Comisión Técnica formada por Abogados, Especialistas en Derecho Constitucional y Cientistas Políticos designados por Renovación Nacional y la Concertación de Partidos por la Democracia, de fecha 5 de abril de 1989, en ANDRADE, Carlos, *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 276-290 (278), 1991.

nuestro enfoque) su constitucionalidad. Aquella posibilidad contingente (no deseable, en principio) no será sino una muestra fehaciente de los restrictivos y a veces incorrectos márgenes que se contemplan para la interpretación de los derechos humanos constitucionalizados. Ahora bien, si tomamos, en cambio, el camino que hemos trazado para una correcta fórmula de implementación del control de convencionalidad, estaremos apelando indirectamente a una integración o diálogo multinivel, y con ello, a la asimilación de óptimas categorías interpretativas de los derechos fundamentales resguardados en la Constitución, a la luz del contexto regional y universal de protección a los derechos humanos. A esto también se refiere el profesor Gonzalo Aguilar cuando señala: “Este orden Constitucional de los derechos humanos se encuentra complementado por un orden internacional de los derechos humanos, con dos niveles, el nivel regional y el nivel universal de derechos los humanos. Todo el conjunto jurídico de normas, principios y valores, que conforman este sistema de derechos humanos multinivel –constitucional, internacional regional, e internacional universal– configura un sistema único coherente de protección de los derechos humanos. Ambos órdenes normativos de los derechos humanos se encuentran íntimamente relacionados, vinculamos, son indivisibles, interdependientes e interrelacionados, uno no se entiende integralmente sin el otro, y viceversa (...)”³⁴.

En este sentido, ante el desafío de ejercer un control de convencionalidad integrado al control de constitucionalidad, al juez nacional se le presentará la necesidad de adecuar el derecho interno al orden supranacional, realizando una fructífera comunicación multinivel que permitirá un grado de coherencia tal, que probablemente, frente a una misma norma no se podrá sostener, desde estos parámetros, con éxito, su declaración de convencionalidad *vs.* su inconstitucionalidad, pues, el resultado de un control implicará inevitablemente el resultado del otro.

Cabe aquí resaltar, que nuestra inclinación va por buscar una fórmula que permita la rápida asimilación del control de convencionalidad por parte del Tribunal Constitucional, y un camino igual de favorable para los jueces en su conjunto. En la comprensión de esta idea fundamental, se centrará el esfuerzo de las próximas líneas argumentativas.

³⁴ AGUILAR, Gonzalo, “¿Quién es el guardián de la Convención Americana...”, p. 21.

¿Cómo realizar en definitiva el control de convencionalidad? Pues bien, tres de las soluciones que aventuraremos van por la idea de aprovechar los procedimientos del Control de Constitucionalidad de las normas, para la aplicación conjunta del control de convencionalidad, no con la idea de equipararlos, sino más bien de concebir a este último como perfectamente integrable al primero, haciendo simplemente eco de lo que dispone art. 5 inciso 2° de nuestra Constitución que pone como limitante de la soberanía de los órganos del Estado los derechos humanos contenidos en los diversos acuerdos internacionales referidos a la materia, cláusula que, en esta línea, cumple un rol vital para efectos de poder vislumbrar desde un parámetro interdependiente el texto constitucional y los tratados pactados que versan sobre derechos humanos, especialmente para estos efectos, la Convención Americana y sus protocolos adicionales. A su vez, no sería más que una consecuencia necesaria de una visión integrativa (producto de la cláusula abierta del artículo citado más una adecuada interpretación en base al criterio de una mayor protección de los Derechos) en relación al catálogo de derechos fundamentales contenido en la Constitución, de este modo, estos se pueden percibir como verdaderos “envoltorios” vacíos que esperan ser copados con los estándares de derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes en el plano nacional, con jerarquía constitucional, y que les permitirá, para este efecto, integrarse sin dificultades al material de protección constitucional del Estado junto las interpretaciones que realizan los órganos competentes para ello, según el caso.

Bajo estos presupuestos, es que nos resulta cabalmente comprensible y meritoria, la aplicación simultánea del control de convencionalidad y constitucionalidad, a través de los mecanismos establecidos para el ejercicio de este último, los cuales se distinguen en: control preventivo de constitucionalidad de los proyectos normativos que la Constitución señale, recurso de Inaplicabilidad y recurso de Inconstitucionalidad.

Con todo, esta postura nos resuelve variadas cuestiones, ya que adecuaremos las características de control a nuestra propia realidad, aceptando lo complejo por el momento de que nuestros tribunales, en todos sus niveles, realicen de forma difusa e incluso de oficio el control de convencionalidad, pues estos en nuestra realidad, no resuelven tampoco sobre la constitucionalidad de las leyes y, por ende, la incompatibilidad práctica hasta el momento en relación a la solu-

ción que aquí se busca, es insalvable. Dicho lo anterior, pasemos ahora a revisar estos mecanismos, y a señalar las consecuencias concretas de cada una de las modalidades propuestas para así comenzar a superar las críticas formuladas. Los mecanismos se distinguen en:

- a) Control de convencionalidad aplicado en el proceso preventivo de control de constitucionalidad en la creación de normas.

Cuando la Constitución lo señale el juez junto a la realización del control preventivo de constitucionalidad, realizará un examen de convencionalidad que, en el caso de considerarse el proyecto o el cuerpo normativo contrario a la Convención (remitida por la Constitución), se le negará la posibilidad de existencia en la vida del Derecho (efecto invalidatorio general).

- b) Control de convencionalidad aplicado al recurso de Inaplicabilidad.

La Constitución Política de la República, en su artículo 93 N° 6, se refiere a esta atribución: “Resolver, por mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contrario a la Constitución”. Aquí la proposición es que el control de convencionalidad se realice de forma represiva y concreta con efecto *inter partes*, a través de la inaplicabilidad de la norma contraria en el caso concreto. Recordemos que esta conclusión se evidencia porque el Tribunal al utilizar como instrumento para el examen de adecuación normativo, la Constitución, y por ende, tendrá que necesariamente incorporar a los derechos fundamentales que en ella se resguardan, los tratados complementarios de dichos derechos, como lo es la CADH y su correspondiente interpretación, ya que como se ha dejado claro, estos tratados poseen el mismo rango que el texto Constitucional. Tenemos entonces que se reporta inaplicable la norma contraria en el caso concreto, cuando el TC conozca de las acciones de inaplicabilidad por Inconstitucionalidad o por contradecir la Convención Americana de Derechos Humanos (textos complementarios e interpretaciones de la CADH), lo que para la armonización de lo planteado, llevará inevitablemente en el caso concreto, a la inconstitucionalidad como causal de inaplicabilidad de la norma, ya sea, vía requerimiento de parte o cuando el juez –de todo nivel– conociendo de los asuntos de su competencia, a través de un “auto motivado” inicie la acción (por dudar de su constitucionali-

dad “tradicional” o bien por dudar de su convencionalidad como control integrante de este nuevo concepto integrativo), y no le sea tampoco, posible realizar una interpretación armónica entre la norma contraria y la CADH (control débil).

- c) Control de Convencionalidad aplicado al control a posteriori sobre la Inconstitucionalidad por inaplicabilidad anterior de un precepto. En el ejercicio de otra forma de control a posteriori el artículo 93 de la Constitución Política de la República, en su N° 7 dispone que compete al Tribunal Constitucional: “Resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable de conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.

En esta categoría, el Tribunal realiza el control represivo a posteriori con efectos derogatorios generales, no retroactivos, expulsando a la norma del ordenamiento jurídico. Como veíamos anteriormente, en el requerimiento de inaplicabilidad le corresponde el impulso procesal a las partes de la gestión y al juez que conoce de ella. En cambio, la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales puede ser iniciada de oficio por el Tribunal Constitucional o bien, mediante una acción pública. Para que pueda darse este tipo de control, debe existir una declaración previa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En esta estructura, si tenemos que una norma se ha declarado inaplicable con anterioridad, por ser inconstitucional en virtud de su inconventionalidad, para el caso concreto y con efecto inter-partes, se podrá, ahora, mediante acción pública (o bien, el tribunal actuando de oficio), solicitar que se declare la inconstitucionalidad de la norma en relación a los parámetros de la Convención, a cuyo beneplácito, finalmente, la norma será expulsada del sistema, al gozar de invalidez con efectos *erga omnes*.

- d) Control débil de Convencionalidad para los demás jueces.

Ahora bien, para equilibrar esta problemática de la aplicación del control, es que se hace perfectamente posible y coherente con la solución anterior, proponer para los demás jueces un control “débil” de convencionalidad, en el sentido que atendiendo a que no pueden ni invalidar ni inaplicar en el caso concreto la norma, realicen una interpretación que permita armonizar la normativa interna, con la Convención y las interpretaciones de la Corte (aplicando diversos y adecuados criterios de proporcionalidad y de interpretación de dere-

chos fundamentales), control que pueda ser solicitado por las partes o bien impulsado por el propio juez de la causa. Sin embargo, cuando dicha interpretación resulte imposible de realizar por encontrarse la norma –a criterio del juez– notoriamente contraria a la CADH, deberá dicho juez llevar el asunto a sede del Tribunal Constitucional en virtud de la misma acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se le está facultado para iniciar en dicha sede a través de un “auto motivado”, toda vez que como ya advertimos el Tribunal Constitucional adoptando la postura de este artículo debiera incorporar el control de convencionalidad al control de constitucionalidad que realiza a priori, o bien a posteriori cuando conoce de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y eventualmente de la inconstitucionalidad con efectos invalidatorios o derogatorios generales de las leyes, razón por la cual, resultaría del todo pertinente esta posibilidad para el juez de la causa.

La idea de control “débil” ya fue utilizada por Pablo Contreras³⁵ no obstante, el sentido que nosotros le damos pretende abarcar con mayor fuerza la protección a la persona humana, se hace aquí alusión a criterios de interpretación ambiciosos³⁶, que debe tener en cuenta el órgano o autoridad vinculado, dentro de su propio ámbito de competencia, pero siempre bajo la consideración de que todo órgano del Estado se encuentra sometido a la Constitución (art. 6 CPR) y así también, vulnerable en comprometer la responsabilidad internacional del Estado con su actuar, razones que nos llevan, en definitiva, a considerar no solo aconsejable la adopción de estos criterios, sino realmente necesarios para la continua marcha del Estado democrático de derechos, pues tal como reivindicaba el juez Marshall en su tiempo al Estado liberal y al Constitucionalismo norteamericano, refiriéndose a un gobierno de las leyes y no de los hombres³⁷ hoy podemos sostener, con seguridad, que estamos viviendo como Estados una transformación que

³⁵ CONTRERAS, Pablo, “Control de Convencionalidad Fuerte y débil”, Parte I [en línea] en: *Diario Constitucional*, (2012) [citado el 15 de octubre de 2013], <http://diario-constitucional.cl/mostrararticulo.php?id=188&idautor=100>

³⁶ Principio Pro hominem, Predominio de las libertades, principio de la mayor protección de los Derechos, principio de la fuerza expansiva de los derechos, principio de proporcionalidad, entre otros.

³⁷ *Marbury vs. Madison* 1 cranch 137, 5 us 237 (U.S. Disc.Col) 1803 WL 893 (U.S. Disc. Col).

nos muestra en la cúspide, la exigencia de una mayor protección al individuo y su dignidad, a través del respeto a sus derechos³⁸. Cabe decir finalmente, para efectos de desechar por completo las dudas formuladas por la doctrina en torno a los efectos del control, que aplicando el control de convencionalidad con los matices propuestos en este artículo (que bien vale la pena recordar, se ajustan a la perfección con el mandato final de la CIDH, la obligación internacional del Estado y la realidad nacional) se invalidaría la norma contraria a la Convención, cuando el Tribunal Constitucional realice un control preventivo de la constitucionalidad de dicha norma, a su vez, se inaplicaría la norma contraria en el caso concreto cuando el TC conozca de las acciones de inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, ya sea, vía requerimiento de parte o cuando el juez –de todo nivel– conociendo de los asuntos de su competencia, a través de un “auto motivado” inicie la acción, y no le sea tampoco posible realizar una interpretación armónica entre la norma contraria y la CADH (control débil). Y por último, se procedería a la expulsión de la norma del sistema, con invalidez general cuando el control de convencionalidad realizado en mérito de un recurso de inconstitucionalidad invocado por acción pública o por propia cuenta del tribunal (en cuyo caso estaremos frente a un control de convencionalidad de oficio), reconozca la incompatibilidad insalvable de la norma más allá del caso concreto que motivó su anterior declaración de inaplicabilidad. Con todo, sugiero para el caso de los demás órganos vinculados a la administración de justicia y órganos estatales no mencionados, realizar también un control débil de convencionalidad en los términos antes expuestos, es decir aplicando los criterios y reglas de interpretación de derechos fundamentales correctos.

IV. CONCLUSIONES

En definitiva, como hemos visto, la obligación de los Estados partes de la CADH en orden a respetar los derechos ahí consagrados, como también de someterse a la interpretación que la CIDH realiza

³⁸ Esta idea está muy bien desarrollada a lo largo de todo el artículo del profesor Gonzalo Aguilar que ya hemos tenido ocasión de citar. AGUILAR, Gonzalo, “¿Quién es el guardián de la Convención Americana...”.

de aquellas disposiciones, es un hecho cierto e ineludible bajo numerosos argumentos ya manifestados. Es por ello que visto el mandato de la CIDH en relación al control de convencionalidad –con toda su evolución y desarrollo desde el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006)”– que deben ejecutar los órganos vinculados a la administración de justicia de los Estados, y su fundamento final en el art. 2 de la Convención, resulta infructuoso desestimarlos como lo ha hecho parte de la doctrina, y más bien, parece necesario buscar adecuarlo a la realidad interna, asegurándonos que logre evitar la responsabilidad internacional del Estado, como a su vez, adaptarse en la mayor medida posible, al marco jurídico-procesal nacional. Es por ello que, con las soluciones propuestas en este artículo, se ha logrado –esperemos– salvar algunos de los grandes cuestionamientos que ha hecho la doctrina en relación a la aplicación del control de convencionalidad en sede nacional. No obstante lo anterior, toda nueva adecuación de la estructura jurídica interna para efectos de asegurar con mayor precisión y de manera aún más rigurosa, los mandatos del orden internacional en esta materia, como así también el *effet utile* de los tratados sobre DD.HH., parecen, en opinión del autor, del todo pertinentes, pues constituyen un esfuerzo necesario de los Estados por cumplir con sus obligaciones voluntariamente pactadas. A mayor abundamiento, permitirá contribuir al efectivo influjo e integración recíproca entre estos dos órdenes normativos, logrando satisfacer la más importante garantía democrática actual, a saber, la limitación de la soberanía de los Estados, en el respeto y resguardo de los derechos humanos.

V. BIBLIOGRAFÍA

ANDRADE, Carlos, *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 276-290.

AGUILAR, Gonzalo, “¿Quién es el guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?” [en línea], en: *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 6 (2011), p. 48, [citado el 15 de octubre de 2013], <http://www.derechosfundamentales.cl/revista/06.01.Aguilar.pdf>

BARBOSA, Francisco, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales” [en línea], en: *Revista Derecho del Estado*, Vol. 27 (2011) [citado el 15 de octubre de 2013], biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/7.pdf

- CONTRERAS, Pablo, "Control de Convencionalidad Fuerte y débil", Parte I [en línea] en: *Diario Constitucional*, (2013) [citado el 15 de octubre de 2013], <http://diarioconstitucional.cl/mostrarticulo.php?id=188&cidautor=100>
- FERRER, Eduardo, "Reflexiones sobre el Control difuso de Convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México" [en línea], en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, Nº 131 (2011), p. 929 [citado el 15 de octubre de 2013], <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/131/inf/inf20.pdf>
- HENRÍQUEZ, Miriam, "Control de convencionalidad en el Sistema Interamericano: Más dudas que certezas" [en línea] en: *Diario Constitucional*, (2012) [citado el 28 de Octubre del 2013], <http://www.diarioconstitucional.cl/mostrarticulo.php?id=166>
- HITTERS, Juan Carlos, "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)" [en línea], en: *Estudios Constitucionales. Centros de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca*, año 7, Nº2 (2009), p. 120 [citado el 15 de octubre de 2013], <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>
- LONDOÑO, María, "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana Derechos Humanos" [en línea] en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XLIII, Nº 128 (2010), pp. 761-814, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42719870007>
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander y JAY, John, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957; citado por GARGARELLA, Roberto, La dificultad de defender el control judicial de las leyes [en línea] en: *Isonomía*, Nº 6 (1997), p. 56 [consulta: 15 de mayo de 2010,]http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf
- NOGUEIRA, Humberto, "Los Desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales" [en línea], en: *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, Nº 135 (2012), pp. 1167-1220 [citado el 15 de octubre de 2013], <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/135/art/art8.pdf>
- SAGÜES, Néstor, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en: *Revista Estudios Constitucionales. Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, campus Santiago*, año 8, Nº1 (2010), p. 125 [citado el 15 de octubre de 2013], <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>
- SILVA, Luis, "Objeciones al control de convencionalidad: una reflexión sobre la sentencia Atala" [en línea] en: *Diario Constitucional*, (2012) [citado el 28 de octubre del 2013], <http://www.diarioconstitucional.cl/mostrarticulo.php?id=149&cidautor=83>

- ZALAUQUETT, José, “El Caso Almonacid. La Noción de una obligación Internacional Imperativa de Derecho Internacional de Enjuiciar Ciertos Crímenes y la Jurisprudencia Interamericana sobre Leyes de Impunidad” [en línea], en: *Anuario de Derechos Humanos. Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile*, Nº3 (2007) [citado el 15 de octubre de 2013], <http://www.anuario-dh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13481/13749>
- ZEGERS, María José y MACKENNEY, Tomás, “El Tribunal Constitucional, El control de Constitucionalidad, y la declaración de Inaplicabilidad” [en línea], en: *Tesis de grado. Universidad de Chile*, p. 82 (2010) [citado el 15 de octubre de 2013], http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-zegers_m/html/index-frames.html citando.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. U.N.DocA/CONF.39.27 (1969), 1155 U.N.T.S. 336, entrada en vigor el 27 de enero de 1980. Viena 23 de mayo de 1969.
- Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, Chile), pp. 276-290 (278) (1991).
- Marbury vs. Madison* 1 cranch 137, 5 us 237 (U.S. Disc.Col) 1803 WL 893 (U.S. Disc.Col).
- Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Corte IDH: *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre del 2003.
- Corte IDH, *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007.
- Corte IDH, en *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones preliminares, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006.
- Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de noviembre del 2010.