

# ¿QUIÉN ES EL GUARDIÁN DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS?

WHO IS THE GUARDIAN OF THE INTER-AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS?

GONZALO AGUILAR CAVALLO<sup>1</sup>

RESUMEN

Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado su doctrina sobre el control de convencionalidad de las normas en el orden jurídico interno de los Estados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera el control de convencionalidad como una obligación internacional de todos los órganos del Estado, especialmente los jueces. Sin embargo, en derecho interno no existe claridad en cuanto al sentido y alcance de esta obligación, incluso si esta es realmente una obligación para el juez nacional. La formulación de la doctrina del control de convencionalidad ha ido evolucionando, entre otras cosas, para proporcionar mayor claridad acerca de la obligatoriedad de la misma y acerca del sentido y alcance de esta obligación.

Palabras clave: control de convencionalidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, control de constitucionalidad, derechos humanos.

ABSTRACT

*Since Almonacid Arellano vs. Chile (2006), the Inter-American Court of Human Rights has developed its doctrine about the control of conventionality of the norms in domestic legal systems. The Inter-American Court of Human Rights considers that the control of conventionality is an international obligation for every state agency, especially the judiciary. However, domestic legal systems discuss the correct extent of this international obligation, even if this is a real obligation for the judiciary. The formulation of the control of conventionality has evolved, inter alia, in order to provide clarification on its binding character and on the extent and exact meaning of this obligation.*

Key words: *control of conventionality, Inter-American Court of Human Rights, control of constitutionality, human rights.*

<sup>1</sup> Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magíster en Relaciones Internacionales (España), Máster en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho de la Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile. [gaguilarch@hotmail.com](mailto:gaguilarch@hotmail.com)

## INTRODUCCIÓN

Desde la sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (26 de septiembre de 2006) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha reiterado en repetidas ocasiones su doctrina acerca del control de convencionalidad. La elaboración de esta doctrina ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y conforme arriban los casos ante la Corte IDH. La doctrina en sí, y la evolución que ha experimentado, ha generado un debate en torno a su correcto sentido y alcance en el ámbito interno de los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH). En este contexto, una variedad de cuestiones se plantean. La primera y más importante, en nuestra opinión, es si son los jueces nacionales guardianes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en términos más amplios, si son guardianes de la convencionalidad de las normas. Esta pregunta implica aclarar la posible relación existente entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Del mismo modo, la respuesta que se otorgue a esta pregunta significará establecer un criterio en cuanto a la relación jerárquica entre Constitución y tratado de derechos humanos, lo cual se vería facilitado si simplemente examináramos la ubicación jerárquica de los derechos humanos propiamente tales. Pero existen otras interrogantes que se plantean. ¿Quién debe efectuar el control de convencionalidad? ¿El juez nacional está obligado a realizar un control de convencionalidad de las normas? ¿Cuáles son las consecuencias que se pueden producir derivadas de este control de convencionalidad? ¿Cuál es la consecuencia para el Estado en relación con el control de convencionalidad, derivada del hecho de haber adoptado un mecanismo procesal de control concentrado o difuso de constitucionalidad?

En este trabajo abordaremos la primera cuestión, esto es, si son los jueces nacionales guardianes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en términos más amplios, si son guardianes de la convencionalidad de las normas. Esta pregunta implica aclarar la posible relación existente entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Además, examinaremos el significado y alcance de las enseñanzas de la Corte IDH respecto del control de convencionalidad.

A través del control de convencionalidad, la Corte IDH le señala a los Estados partes que la actuación u omisión de cualquiera de sus poderes dentro de su jurisdicción debe ser convencional, esto es, debe conformarse a sus obligaciones internacionales. Según nuestra visión, el control de convencionalidad es una manifestación concreta de la nueva dimensión regional del Estado de Derecho de los derechos humanos en una sociedad democrática (latinoamericana).

En este trabajo examinaremos brevemente el control de convencionalidad dentro del tema más amplio de la supremacía de los derechos humanos así como dentro del contexto de la teoría del control de las normas (I) y luego

abordaremos el análisis de la doctrina del control de convencionalidad según ha sido propuesta por la Corte IDH a través de su evolución jurisprudencial, intentando tratar las críticas que se le plantean (II).

## I. El constitucionalismo de los derechos humanos

El control de convencionalidad ha sido planteado en forma recurrente por la Corte IDH, indicando que existe una obligación de los jueces estatales de controlar la adecuación de los actos internos a la CADH. Por lo tanto, en este sentido, el control de convencionalidad se plantea en el contexto del cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos asumidas por el Estado y, en consecuencia, vinculado con el lugar que ocupan las obligaciones de derechos humanos en el edificio jurídico estatal. Además, en esta parte, se abordará el control de convencionalidad y su inserción dentro del esquema del control normativo.

### 1. La supremacía de los derechos humanos

¿Un juez nacional puede posponer, desconocer o no aplicar el derecho internacional de los derechos humanos convencionalmente aceptado por el Estado? Ciertamente una respuesta positiva hace caer todo el peso de la justificación del incumplimiento en el Estado. El juez representa al Estado, y como órgano del Estado, se encuentra obligado por los compromisos internacionales que el Estado ha adquirido.<sup>2</sup>

Un principio de lógica jurídica indica que los órganos del Estado, así como todo individuo, grupo o comunidad debe actuar conforme a Derecho, en toda la extensión que este concepto significa, el cual excede por mucho simplemente la comprensión de la ley y la Constitución. El estado natural de las cosas es que la comunidad, nacional e internacional, se dote de reglas, en base a principios y valores subyacentes en ella, para cumplirlas. No se puede suponer que los individuos deberían actuar incumpliendo el Derecho porque eso conduciría al caos, nacional e internacional, dependiendo del nivel en el que se produzca esta conducta incumplidora por parte de los actores sociales. Otro tema es determinar qué es considerado Derecho aplicable por el juez y el resto de los profesionales del Derecho.

---

<sup>2</sup> “Bringing about conditions for maintaining equality and complying with the obligations following from international agreements and other rules of international law is an obligatory principle”. Constitutional Court of the Republic of Moldova: Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court, para. 2. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, N° 161-164 (3048-3051) 12 October 2007.

En este sentido y desde la perspectiva de los derechos humanos es indudable que el Derecho entendido como fuente de normas no se agota en la ley ni en la Constitución, y evidentemente, el juez debería tener en consideración fuentes esenciales de los derechos humanos tales como la costumbre y, como un mecanismo colaborador, la jurisprudencia<sup>3</sup>.

Esto último se hace especialmente patente en un contexto en el que el Estado ha decidido soberanamente incorporarse en organizaciones intergubernamentales internacionales –regionales o universales–, las cuales han fijado como instrumentos esenciales de la convivencia social de dichas organizaciones, tanto declaraciones como tratados internacionales de derechos humanos. En esta línea, es pertinente asignarle su adecuado valor a dos principios que Kelsen valoraba mucho, esto es, el *principio pacta sunt servanda* y el *principio de bona fides* –considerados como principios de la esencia del concepto mismo de Derecho–<sup>4</sup>.

En realidad, el orden constitucional contemporáneo ha perfeccionado el ejercicio de la democracia y la generación democrática de sus normas, enmarcándolo dentro del ámbito de protección aguda de los derechos de las minorías, de los excluidos, de los marginados, de los vulnerables. Solamente una democracia inclusiva, no únicamente en el ámbito social y económico, sino además en el nivel normativo, poseerá real legitimidad frente a la comunidad. Una democracia cohesiva, que considere a todos y los derechos de todos, a individuos, comunidades y pueblos, como reales sujetos de derechos fundamentales, gozará de verdadera legitimidad democrática. Los derechos humanos complementan y fortalecen el Estado constitucional, pues con dichos derechos ya no es suficiente satisfacer el estándar de la actuación dentro de la ley (principio de legalidad), sino que además es necesaria una actuación dotada de legitimidad democrática. En este sentido, los derechos humanos constituyen el necesario aporte ético-normativo que complementan la ley, de tal manera que ya no es suficiente actuar dentro del margen de la ley, sino que además se exige una conducta valórica respetuosa de los derechos humanos para que tal comportamiento en una sociedad democrática sea legítimo.

Este es el verdadero triunfo del constitucionalismo contemporáneo, la Constitución es representativa de un consenso de todos los individuos, co-

---

<sup>3</sup> “[T]he focus should not only be upon formalized rules in the form of treaties. Also legal practice forms part of a legal order.” ULFSTEIN, Geir: “Empowerment and Constitutional Control”, EJIL Talk! Wednesday, July 14, 2010. Available at: <http://www.ejiltalk.org/empowerment-and-constitutional-control/> [última consulta: 24/06/2011].

<sup>4</sup> “One of the main principles of international law is *pacta sunt servanda* which requires *bona fide* compliance of the agreements to which a State has acceded.” Constitutional Court of the Republic of Moldova: Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court, para. 2. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, N° 161-164 (3048-3051) 12 October 2007.

munidades y pueblos bajo su jurisdicción, en donde los grupos minoritarios, aun cuando no estén de acuerdo con la decisión normativa o derechamente se opongan, aun así, tienen asegurado un estándar mínimo de derechos, y eso constituye el núcleo irreductible e indeleble que el orden constitucional de los derechos humanos les garantiza<sup>5</sup>.

Por cierto, tal como el juez Marshall señaló, el constitucionalismo estadounidense, de cuya fuente de inspiración es el constitucionalismo latinoamericano, es entendido como el gobierno de las leyes (*rule of law*) y no el gobierno de los hombres<sup>6</sup> (monarquía absoluta – tiranía). El progreso que ha realizado el constitucionalismo contemporáneo con respecto a aquellas primeras épocas de un constitucionalismo moderno, es que hoy la Constitución permite asegurar no solo un gobierno de las leyes, sino además, y primordialmente, un gobierno de los derechos humanos al servicio del ser humano y de su dignidad.

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 los derechos humanos. Todo el conjunto jurídico de normas, principios y valores que confirman 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, vinculados, son indivisibles, interdependientes e interrelacionados, uno no se entiende integralmente sin el otro, y viceversa, el orden constitucional de los derechos humanos fundamentales y los órganos que lo supervisan requieren su necesario complemento y, a su vez, el orden internacional de los derechos humanos fundamentales y los órganos que los supervisan requieren su complemento. Por esta razón es que existe hoy en día un necesario entrecruzamiento entre la diversas funciones de los distintos ordenes normativos –constitucional e internacional– con respecto a los derechos humanos, y así vemos cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos se nutren de las experiencias y de los valores constitucionales estatales y, por su parte, las Cortes Constitucionales o Cortes Supremas de los Estados tienden a nutrirse, a alimentarse, a asumir, a verificar, a contrarrestar las enseñanzas derivadas de

---

<sup>5</sup> Los derechos fundamentales “son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre –de los derechos de libertad a los derechos sociales– contra las contingentes mayorías. Es más: esta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental, se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría, y al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción”. FERRAJOLI, Luigi: *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2ª edición, 2010, p. 55.

<sup>6</sup> *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137 (U.S. Dist. Col.), 1803 WL 893 (U.S. Dist. Col.).

los pronunciamientos de la Corte Interamericana como de la Corte Europea. Esta práctica es mucho más frecuente en los Estados europeos debido a la mayor longevidad del sistema europeo de protección de los derechos humanos y porque su operatividad concreta es mucho más frecuente debido a que el individuo no se encuentra sometido a mayores restricciones en el acceso a la justicia como es el caso en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, donde no puede recurrir directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta práctica produce un enriquecimiento mutuo que solo puede arrojar beneficios para el ser humano, las comunidades y pueblos<sup>7</sup>. Solo la suma del orden constitucional y del orden internacional de los derechos humanos fundamentales puede proporcionar una protección a la integralidad del ser humano, singularmente de aquellos que se encuentran en minoría, o forman parte de grupos marginados, excluidos o vulnerables, especialmente cuando esta protección es realizada a través de un mecanismo jurisdiccional doméstico, como por ejemplo, el Tribunal Constitucional. Por esta razón los derechos humanos actúan como un agente catalizador de la comunidad, fortaleciéndola, haciéndola más inclusiva. En este sentido los derechos humanos cumplen una función crucial de cohesión social.

El constitucionalismo contemporáneo de los derechos humanos se funda en una Constitución (principalmente escrita) que reconoce derechos humanos y órganos jurisdiccionales que la protegen y velan por su respeto. En aquellos Estados que cuentan con un Tribunal Constitucional, este órgano tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución, pero naturalmente todos los jueces tienen el derecho y el deber de aplicar la Constitución<sup>8</sup>. Este último es un principio elemental del Estado de Derecho moderno en una sociedad democrática. Esta es la faz positiva de este derecho y deber. La faz negativa implica que los jueces –encargados de administrar justicia– tienen el derecho y el deber de no aplicar normas infraconstitucionales contrarias a la Constitución y a los derechos humanos fundamentales incorporados en el ordenamiento estatal. Incluso es pensable la existencia de normas formalmente constitucionales

---

<sup>7</sup> “There is no sign of a constitutionalized global judicial system of supranational character. But the system may still work as an integrated system in practice. This requires, however, that both the international and national judiciary define their respective roles. International tribunals should, while upholding the effectiveness of international obligations, respect the principle of subsidiarity as regards the relationship between states and their citizens. National courts should neither be too defensive or antagonistic when it comes to respecting judgments international judgments, but rather take active part in the interpretation and development of international law. To the extent that international tribunals and national courts acknowledge their respective functions in the interpretation and application of international law –although tensions will inevitably arise– the combined international and national judicial judiciary may in practice work as a constitutionalized system”. ULFSTEIN: “Empowerment and Constitutional Control”, [en línea].

<sup>8</sup> GARLICKI, Lech: “Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdictions in Europe”, in: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, N° 3 y 4 (2008), pp. 509-530.

que son contrarias a normas materialmente constitucionales. Esto último es posible sobre todo en Constituciones escritas que han sido gestadas durante regímenes de facto y que, con posterioridad, han accedido a un sistema formalmente democrático.

Todos los jueces deben administrar justicia. Esa ha sido la misión fundamental y la razón por la cual los sistemas constitucionales democráticos aseguran por la vía constitucional la existencia de un Poder Judicial independiente e imparcial. En este rol de administrar justicia, la dimensión material corresponde a la protección de los derechos fundamentales de los individuos, comunidades y pueblos. En el cumplimiento de esta misión fundamental, el juez estatal debe nutrirse de todas las fuentes de las que surge el derecho de los derechos humanos aplicables en el orden estatal. Los jueces son órganos protectores de los derechos fundamentales, cada acto jurisdiccional es una actualización viviente de la promesa constitucional de respeto, protección y aseguramiento de los derechos humanos fundamentales de los individuos. Rechazar o ignorar esta función es impensable y repugna a la sola idea de Derecho. Implicaría cerrar los ojos ante el Derecho y abrir la puerta a la arbitrariedad, a la injusticia y a la ley del más fuerte.

Una visión posible, que nosotros compartimos, acerca de una estructura integrada de normas de derechos humanos, es la señalada por el juez *ad hoc* Figueiredo Caldas, al mencionar, respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que “para todos los Estados del continente americano que libremente la adoptaron, la Convención equivale a una Constitución supranacional referente a Derechos Humanos. Todos los poderes públicos y esferas nacionales, así como las respectivas legislaciones federales, estatales y municipales de todos los Estados adherentes están obligados a respetarla y a ella adecuarse”<sup>9</sup>. En este mismo sentido, Gonzaga Jayme observa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se constituye en el órgano soberano de control de los compromisos y principios asumidos por el Estado. Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye una norma suprema que debe ser observada en el plano interno por todas las autoridades estatales, independientemente de su grado jerárquico”<sup>10</sup>. Esta visión es coincidente con la del juez Cançado Trindade quien afirma que “[l]a Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan, *a contrario sensu*, tener en el derecho interno de los Estados Parte el efecto de perfeccionarlo, para

<sup>9</sup> Corte IDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C N° 219. Voto razonado del juez *Ad Hoc* Roberto de Figueiredo Caldas, pará. 5.

<sup>10</sup> GONZAGA JAYME, Fernando: “A relação entre o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito interno”, en: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* N° 53 (jul./dez.2008), pp. 1-18, especialmente, pp. 15-16 (T. del A.).

maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreando, en este propósito, siempre que sea necesario, la revisión o revocación de leyes nacionales [...] que no se conformen con sus estándares de protección”<sup>11</sup>. Los Estados no pueden esperar que sea la Convención Americana o su jurisprudencia que se adapte a las soluciones del derecho constitucional o del derecho público interno, so pena de desnaturalizar el objeto y fin del tratado y de mutilar el instrumento de protección. En consecuencia, en defensa de la garantía de la supremacía de los derechos humanos se hace necesario reconocer la importancia de la Convención y de su interpretación, e incorporarla de inmediato al ordenamiento nacional<sup>12</sup>.

La pregunta que se impone es ¿supremacía constitucional o supremacía de los derechos humanos? La supremacía de los derechos humanos surge como una garantía o una supragarantía para los individuos y las comunidades bajo la jurisdicción estatal. Así, según Gonzaga Jayme, la soberanía no puede ser invocada para justificar el incumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dada la especificidad de esta, que busca asegurar derechos que integran la condición de personas, sin las cuales el individuo quedaría deshumanizado<sup>13</sup>.

En los últimos años, sobre todo en América Latina, se le ha ido asignando crecientemente a los instrumentos internacionales de derechos humanos rango constitucional, haciendo, dicha clausula constitucional, de apertura o puente entre los diversos órdenes normativos<sup>14</sup>. García Ramírez ha señalado en este sentido que “diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que “tienden el puente” entre ambos órdenes y a la postre

---

<sup>11</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. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, pará. 14.

<sup>12</sup> Corte IDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C Nº. 219. Voto razonado del juez *Ad Hoc* Roberto de Figueiredo Caldas, pará. 10.

<sup>13</sup> GONZAGA: “A relação entre o sistema...”, pp. 1-18, especialmente, pp. 15-16; *vid.* la opinión del Tribunal Constitucional de Moldavia: “The constitutional provision on the priority of international human rights rules covers laws and other national normative acts notwithstanding the date of their adoption. Thus, the provisions of the ICC Statute may be applied to nationals of the Republic of Moldova, including officials”. Constitutional Court of the Republic of Moldova: Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court, para. 3. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, Nº 161-164 (3048-3051) 12 October 2007.

<sup>14</sup> “Essa Convenção [Americana de Direitos Humanos] é norma material e formalmente compatível com a Constituição da República, por quanto legitimamente incorporada ao ordenamento jurídico interno com observância dos mandamentos constitucionais vigentes e a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, considerando-se o fenômeno da recepção, adquire indubitavelmente hierarquia constitucional. Entendimento contrário mostra-se em desarmonia com os princípios fundamentais da Constituição da República, entre os quais se tem como postulado maior o princípio da dignidade da pessoa humana”. GONZAGA: “A relação entre o sistema...”, pp. 1-18, especialmente, pp. 15-16.

benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano”<sup>15</sup>. En este contexto, podemos mencionar las Constituciones de Argentina<sup>16</sup>, Venezuela<sup>17</sup>, República Dominicana<sup>18</sup> y Chile<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> “[E]s preciso alentar la conexión expresa y suficiente –que resuelva colisiones y supere problemas de interpretación, que finalmente pueden significar incertidumbre o merma en el estatuto de derechos y libertades personales– entre el orden interno y el orden internacional. Diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que “tienden el puente” entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano. Así sucede cuando un texto supremo otorga el más alto valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos o cuando advierte que prevalecerá, en caso de diferencia o discrepancia, la norma que contenga mayores garantías o más amplio derechos para las personas”. Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N°. 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, pará. 10.

<sup>16</sup> “Art. 75.- Corresponde al Congreso:  
22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Constitución argentina de 1994.

<sup>17</sup> “Artículo 23. 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 en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2000.

<sup>18</sup> “Artículo 74.- Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: [...]

3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”; Constitución de la República Dominicana de 26 de enero de 2010.

<sup>19</sup> “Artículo 5° La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. 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”. Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Incluso un sector de la doctrina sostendría que los tratados de derechos humanos tendrían rango supraconstitucional, aun cuando esto continuaría formando parte del debate doctrinal<sup>20</sup>. En todo caso, algunas constituciones latinoamericanas tales como las de Bolivia<sup>21</sup>, Colombia<sup>22</sup>, Ecuador<sup>23</sup> y Gua-

<sup>20</sup> Cfr. Ambas posiciones en NOGUEIRA, Humberto: “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1, (2003), pp. 403-466; NOGUEIRA, Humberto: “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 341-380, especialmente, pp. 348-349; PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique: “Vino nuevo en odres viejos: derecho internacional convencional y derecho interno chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 381-405; BERTELSEN REPETTO, Raúl: “Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 211-222; INFANTE, María Teresa: “Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 núm. 2 y 3, (1996), p. 284; GAETE, Eugenio: “Derecho Internacional y Derechos de los Estados: incorporación de los derechos humanos”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), p. 275; CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (1996): “Alcances de la Modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, núm. 2 y 3, (1996), pp. 255-258; RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro: “Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre los derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, vol. 2, núm. 2, (1997), pp. 101-112; PFEFFER URQUIAGA, Emilio: “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, núm. 1 (2003), pp. 467-484; TÉLLEZ SOTO, Claudia: “Valor jurídico de los tratados internacionales en el derecho interno”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, dic. 1998, vol. 9, N° 1, pp.179-190; HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam: “Los tratados internacional en la constitución reformada”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 69, tomo I, (2007), pp. 313-323; HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena: “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 2, (2008), pp. 73-119; MEZA-LOPEHANDIA, Matías: “Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile”, Documento de Trabajo N° 10 del Observatorio Ciudadano, 2ª edición, 2010, pp. 103-159. Disponible en: <http://www.observatorio.cl/wp-content/uploads/2010/07/Las-implicancias-de-la-ratificaci%C3%B3n-del-Convenio-N%C2%B0-169-de-la-OIT-en-Chile-DCTO-N%C2%B0-10-SEGUNDA-EDICICI%C3%93N-FINAL.pdf> [Visitado el 5/08/2011].

<sup>21</sup> “Artículo 256: I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”. Constitución de la República de Bolivia de 2009

<sup>22</sup> “Artículo 93. 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”. Dos primeros incisos de la Constitución de la Republica de Colombia de 1991.

<sup>23</sup> “Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. Constitución de la República Ecuador de 2008.

temala<sup>24</sup> parecerían apuntar en esa dirección. Algunos autores se centran en la discusión en torno al tipo de fuente formal, distinguiendo a los tratados de derechos humanos del contenido normativo, esto es, los derechos humanos mismos<sup>25</sup>.

La óptica de la preponderancia de los derechos humanos implica un verdadero cambio de paradigma. Por ejemplo, una de las consecuencias del surgimiento del nuevo paradigma de los derechos humanos es el desarrollo del principio de interpretación evolutiva y la consideración de los textos –instrumentos internacionales e incluso la Constitución– como instrumentos vivientes. Así, por ejemplo, en el famoso *caso Marcx vs. Bélgica* de 1979, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que “la Convención debía, sin embargo, interpretarse a la luz de las condiciones contemporáneas, tomando en cuenta la evolución en las últimas décadas del derecho interno de la gran mayoría de los Estados miembros [...]”<sup>26</sup>. Parafraseando al juez Cançado Trindade, los instrumentos de derechos humanos –textos internacionales e incluso la Constitución– adquieren vida propia que ciertamente se independiza de la voluntad individual de cada uno de los creadores de la norma, adaptándose a las nece-

---

<sup>24</sup> “Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.

<sup>25</sup> NOGUEIRA, Humberto: “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en NOGUEIRA, Humberto (coord.): *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*. Santiago: Librotecnia, 2010, pp. 9-93, especialmente, p. 19.

<sup>26</sup> “Otras ilustraciones encuéntrase, por ejemplo, en las sentencias de la Corte Europea en los casos *Airey versus Irlanda* (1979) y *Dudgeon versus Reino Unido* (1981). El caso *Airey* es siempre recordado por la proyección de los derechos individuales clásicos en el ámbito de los derechos económicos y sociales; la Corte ponderó que, a pesar de la Convención haber originalmente contemplado esencialmente derechos civiles y políticos, ya no se podía dejar de admitir que algunos de estos derechos tienen prolongamientos en el dominio económico y social. Y en el caso *Dudgeon*, al determinar la incompatibilidad de la legislación nacional sobre homosexualidad con el artículo 8 de la Convención Europea, la Corte ponderó que, con la evolución de los tiempos, en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa se dejó de creer que ciertas prácticas homosexuales (entre adultos, con su consentimiento) requerían por sí mismas una represión penal”. *Vid.* 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 N° 16. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, pará. 7, nota 104; Corte IDH: *Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, de 14.07.1989, Serie A, N° 10, pp. 20-21, pará. 37; European Court of Human Rights: *Tyrer versus United Kingdom* case, Judgment of 25.04.1978, Series A, N° 26, pp. 15-16, pará. 31; *Vid.* La teoría del derecho viviente y la interpretación evolutiva respecto de las normas de carácter procesal en European Court of Human Rights: *Case of Loizidou versus Turkey* (Preliminary Objections), Strasbourg, C.E., Judgment of 23.03.1995, p. 23, pará. 71.

sidades humanas contemporáneas con el fin último de procurar el más amplio desarrollo y autorrealización tanto material como espiritual del hombre<sup>27</sup>.

## 2. El control de las normas

El control de convencionalidad se inserta dentro del tema más amplio de la teoría del control. Los actos jurídicos en una sociedad se encuentran sujetos a un control para determinar su legitimidad y su validez. Muchas veces depende del tipo de acto la clase de control que le corresponde. Así, por ejemplo, frente a un acto jurídico el control que le corresponde es primordialmente de carácter jurídico.

La teoría del control normativo (normas jurídicas) implica generalmente contrastar dos normas de rango jerárquico diferente con el fin de determinar si son compatibles, y en caso contrario, determinar su invalidez y así hacer prevalecer la norma de jerarquía superior. En el fondo, el control normativo pretende asegurar la coherencia del sistema normativo a través de la subordinación de todas las normas a una norma o principio de carácter superior. En palabras de García Ramírez, “es perfectamente conocida la cadena jurisdiccional de medios de control de actos de autoridad, que bajo diversos criterios competenciales –y no siempre conforme a un sistema de instancias que represente nuevas etapas de un mismo proceso– procura ajustar a derecho los actos de las autoridades. Esto se hace, en el ámbito que ahora me interesa invocar, cada vez que se realiza un juicio de legalidad (en el sentido de adhesión del acto analizado a la norma que debe presidirlo, en los diversos planos de la jerarquía normativa): por el órgano de alzada en relación con el órgano de primera instancia; por la autoridad de casación acerca de la decisión judicial cuestionada; por el tribunal constitucional a propósito de actos de diversas autoridades nacionales, y por el tribunal internacional en lo que respecta a hechos atribuibles a un Estado que ha reconocido la competencia de aquél para resolver asuntos contenciosos surgidas en el ámbito interno”<sup>28</sup>.

En esta parte analizaremos brevemente algunas de las garantías de la juridicidad de los actos representadas básicamente por tres tipos de control, el control de legalidad, el control de constitucionalidad y el control de convencio-

<sup>27</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. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, par. 31.

<sup>28</sup> Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C Nº. 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, par. 3.

nalidad. Todos estos controles tienen una vinculación directa con la garantía expansiva y vigencia maximizadora de los derechos humanos<sup>29</sup>.

### 2.1. Control de legalidad

Del mismo modo, el control de legalidad representa la facultad y el deber de los magistrados de comparar una norma dictada por el Poder Ejecutivo en ejercicio de su potestad reglamentaria con normas de jerarquía superior para hacer prevalecer a estas últimas sobre aquellas. El control de legalidad normalmente es realizado por los jueces, pero en el caso de Chile, la Contraloría General de la República efectúa primordialmente un control administrativo de la legalidad de los actos administrativos<sup>30</sup>.

El desarrollo dogmático y jurisprudencial que se ha debido realizar para justificar el mecanismo del control de constitucionalidad, difiere notablemente del control de legalidad porque “en los niveles inferiores a la Constitución esto se ha impuesto en los ordenamientos estatales de forma natural, sin problemas. Que los reglamentos tienen que respetar lo dispuesto en las leyes, no se ha discutido ni en la teoría ni en la práctica”<sup>31</sup>.

### 2.2. Control de constitucionalidad

Tratándose de las normas, puede existir un control político o administrativo aun cuando normalmente existirá un control judicial (*judicial review*). De este modo, se podría decir que “el control de constitucionalidad implica la facultad de los magistrados de comparar una norma dictada por el poder político (legislativo o ejecutivo) con normas de jerarquía superior, para hacer prevalecer a éstas sobre aquellas”<sup>32</sup>. El control de constitucionalidad así planteado se erigiría como una garantía constitucional. Sin estas garantías constitucionales,

---

<sup>29</sup> Vid., por ejemplo, Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Pedro Fernández Bitterlich respecto del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763, de 1979, y de las leyes N°s. 18.933 y 18.469, en el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., Rol N° 7952-2008, que se encuentra en apelación de la sentencia de primera instancia, de la que conoce la Corte Suprema bajo el Rol de ingreso N° 7779-2008. Rol N° 1287-09. Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2009. Considerando 40°.*

<sup>30</sup> La Contraloría General de la República fiscaliza la legalidad y constitucionalidad de los decretos y resoluciones sujetos a toma de razón. Vid. SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro: *El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales*. Santiago: LegalPublishing, 2009, p. 11.

<sup>31</sup> PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 10ª edición, 2005, p. 150.

<sup>32</sup> DE STEFANO, Juan Sebastián: “El control de constitucionalidad”, en *Urbe et Ius (Revista de Análisis Jurídico)*, Año I, Newsletter núm. 7, Otoño MMV, pp. 1-6, especialmente, p. 1.

“el Derecho Constitucional tiene que ser un Derecho del ‘principio de legalidad’, pero no puede ser un Derecho del ‘principio de constitucionalidad’”<sup>33</sup>. De acuerdo con esto, se observa que el control de constitucionalidad responde al principio de constitucionalidad o de supremacía constitucional<sup>34</sup>.

Así, Luis Silva ha sostenido que “el control de constitucionalidad es el procedimiento por el cual se censura la norma o el acto inconstitucional, y es un mecanismo indispensable para garantizar la eficacia real de la Constitución como norma suprema”<sup>35</sup>. Esta eficacia es garantizada a través de un órgano jurisdiccional que se erige como el intérprete supremo de la Constitución. Los tribunales constitucionales internos, en palabras de García Ramírez, “tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores –principios y valores del sistema democrático– que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso)”<sup>36</sup>.

El principio de control judicial de constitucionalidad de las normas junto con el principio de supremacía constitucional fue explicitado por el juez Marshall en Estados Unidos. En efecto, el juez Marshall de la Corte Suprema de Estados Unidos expuso en 1803 en el *caso Marbury v. Madison* el principio de supremacía constitucional de la siguiente manera: todos aquellos que han diseñado constituciones escritas consideran que estas constituyen la ley fundamental y primordial de la nación y, consecuentemente, la teoría de cada uno de estos gobiernos debe ser que un acto del legislativo no conforme a la cons-

<sup>33</sup> PÉREZ: Curso de Derecho Constitucional, pp. 145-146.

<sup>34</sup> “El control de constitucional es una función de aseguramiento de la supremacía constitucional que consiste en evitar que actos o normas inconstitucionales produzcan efectos jurídicos”. SILVA: El control de constitucionalidad..., p. 30.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 24.

<sup>36</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. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, pará. 4.

titución es nulo<sup>37</sup>. A partir del razonamiento del juez Marshall, en la época contemporánea se podría decir que el respeto de los derechos humanos es el derecho principal y primordial de la nación y del pueblo, y esto último debería ser considerado como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. En consecuencia, un acto del Poder Legislativo o constitucional, que repugne los derechos humanos, sería nulo. Intentar controvertir en el constitucionalismo contemporáneo el principio de que los jueces estatales deben considerar los derechos humanos como el derecho supremo o superior, equivaldría a sostener, parafraseando a Marshall, que el derecho de los derechos humanos impone límites a los “órganos del Estado, pero que esos límites pueden ser transgredidos a discreción”<sup>38</sup>.

Pérez Royo ha mencionado que “en la propia lógica del ordenamiento jurídico y de la posición de la Constitución como punto de partida del mismo está ya implícita la posibilidad o, mejor dicho, la necesidad de que exista un mecanismo para expulsar del ordenamiento cualquier norma que esté en contradicción con la Constitución. En los niveles inferiores a la Constitución esto se ha impuesto en los ordenamientos estatales de forma natural, sin problemas. Que los reglamentos tienen que respetar lo dispuesto en las leyes, no se ha discutido ni en la teoría ni en la práctica”<sup>39</sup>.

Los poderes del órgano legislativo y del constituyente están definidos y demarcados por límites formales y materiales. Los límites materiales están constituidos por los derechos humanos<sup>40</sup>. Si el legislador o el constituyente tuvieran poderes ilimitados, la distinción entre gobiernos absolutos y democráticos quedaría abolida. Legislador y constituyente son ambos productores de normas y, en esta actividad, ambos están limitados por los derechos humanos.

---

<sup>37</sup> “Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void”. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137 (U.S. Dist. Col.), 1803 WL 893 (U.S. Dist. Col.) (T. del A.).

<sup>38</sup> “Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. [...] It is prescribing limits and declaring that those limits may be passed at pleasure.” *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U.S. 137 (U.S. Dist. Col.), 1803 WL 893 (U.S. Dist. Col.).

<sup>39</sup> PÉREZ: Curso de Derecho Constitucional, pp. 145-146, p. 150.

<sup>40</sup> “Definitivamente, não se pode visualizar a humanidade como sujeito do Direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade”. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto: “A recta ratio nos fundamentos do jus gentium como Direito Internacional da humanidade”. In: *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 30.

Este control judicial de constitucionalidad, normalmente debiera ser compartido por el resto de los órganos del Estado puesto que todos aquellos órganos a quienes les incumbe de una u otra manera la interpretación y aplicación de normas debieran sujetarse al principio de jerarquía normativa, de tal manera de consolidar la coherencia del sistema normativo, remitiéndose a la norma o principio supremo en el orden estatal<sup>41</sup>. El derecho constitucional indica que la Constitución es la norma superior del ordenamiento estatal. En este sentido, en el caso de Chile, el Tribunal Constitucional “ejerce el control de supremacía con alcance sólo relativamente concentrado, 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”<sup>42</sup>.

### 2.3. *Control de convencionalidad*

En esta parte nos referiremos al control de convencionalidad a que alude la doctrina de la Corte IDH, esto es, a aquel que debería efectuar, todo órgano del Estado, particularmente, el juez nacional o cualquier órgano que administre justicia, contrastando una norma interna con la norma internacional.

El control de convencionalidad es una teoría que ha nacido respecto del ámbito interno de los Estados en relación con las normas internacionales. El control de convencionalidad alude a la facultad de los magistrados de contrastar la norma dictada por el Poder Legislativo –y, eventualmente, por el poder constituyente– con la norma contenida en los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado para hacer prevalecer estas últimas sobre las normas emanadas del Poder Legislativo y, *a fortiori*, sobre las normas emanadas

---

<sup>41</sup> “La supremacía constitucional en Chile significa que la Constitución en sede jurisdiccional se aplica al caso con preferencia a cualquier otra norma jurídica que sea incompatible con ella. Esto presupone que los preceptos constitucionales se aplican directamente por el juez, y no a través de ulteriores desarrollos legales o reglamentarios”. SILVA: El control de constitucionalidad..., p. 36.

<sup>42</sup> CEA EGAÑA, José Luis: “Praxis del control de constitucionalidad en Chile”, noviembre 2007, pp. 1-48, especialmente, p. 4. Disponible en: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/PRAXIS%20DEL%20CONTROL%20DE%20CONSTITUCIONALIDAD%20EN%20CHILE.pdf> [Visitado el 25/07/2011].

del Poder Ejecutivo<sup>43</sup>. En nuestra opinión, el control normativo internacional que debe realizar el juez nacional, una de cuyas manifestaciones es el control de convencionalidad, se extiende asimismo a las otras fuentes normativas del derecho internacional, esto es, la costumbre y los principios generales. Comprendidas dentro de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos se encuentran, por cierto, las normas de *ius cogens*, que no son una fuente formal en cuanto tal, pero que sí introducen en el derecho internacional el principio de jerarquía normativa material<sup>44</sup>.

En el caso de Chile, es posible encontrar una serie de casos de convencionalidad o de adecuación de la ley o la Constitución a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o donde se ha reconocido la importancia de que los órganos político-legisladores adecuen el orden jurídico interno a las obligaciones convencionales del Estado.

Así por ejemplo, existen casos de control de convencionalidad *ex post* —realizados después de una condenación en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos— efectuados por órganos político-legisladores: el caso de *La última tentación de Cristo*, que, en definitiva, condujo a la modificación del artículo 19 N° 12 de la Constitución sobre libertad de expresión<sup>45</sup>. Además, el caso de *Claude Reyes y otros* que de alguna manera influyó en la modificación del artículo 8° de la Constitución y el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública<sup>46</sup>. El caso *La Calchona*, a propósito

---

<sup>43</sup> Vid. la opinión del Tribunal Constitucional de Moldavia: “In its Resolution N° 55 of 14 October 1999, the Constitutional Court ruled on the interdependence of national normative acts and international treaties noting that universally recognised principles and rules of international law were binding on the Republic of Moldova inasmuch as it expressed its consent to abide by them. Consequently, the execution of the rules of the international treaties to which the Republic of Moldova has acceded is unconditional.” Constitutional Court of the Republic of Moldova: Acts of the Constitutional Court of the Republic of Moldova, Resolution on the control of constitutionality of the Rome Statute of the International Criminal Court, para. 2. Monitorul Oficial al Republicii Moldova, N° 161-164 (3048-3051) 12 October 2007; Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 1999, N° 118-119, p. 64.

<sup>44</sup> “Assim, as normas de *ius cogens* seriam aquelas obrigatórias, imperativas ou absolutas, cuja obediência não se encontra sujeita ao arbítrio dos Estados, ultrapassando os limites do basilár principio de D.I. do *pacta sunt servanda*. Essas normas se encontram em um plano hierárquico superior frente às demais normas de D.I., pois traduzem os valores fundamentais que consubstanciam a ordem pública internacional, portando conformam e restringem a produção normativa dos Estados e Organizações Internacionais, bem como a jurisprudência das Cortes e Tribunais Arbitrais Internacionais.” DE SOUZA TAVARES, Rodrigo: “O Jus Cogens na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e algumas reflexões sobre a teoria do direito”, en *Revista de Direito da Unigranrio*. Disponible en: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/555/524> [Visitado el 15/08/2011].

<sup>45</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 N°. 73.

<sup>46</sup> Corte IDH: Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C N°. 151.

del compromiso de examinar una Ley sobre Acciones constitucionales, que adecuara las normas constitucionales sobre error judicial a las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>47</sup>.

En el nivel legislativo, el caso de *Margarita Cecilia Barbería Miranda*, de 2010, condujo a la modificación de los requisitos para ser abogado y en definitiva a la modificación del artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales<sup>48</sup>.

Este tipo de control tiende a confundirse con el control de constitucionalidad de las normas porque en el debate acerca de este tipo de control judicial surge la discusión sobre la jerarquía normativa de los tratados internacionales y, sobre todo, de los tratados internacionales de derechos humanos. Como se ha dicho precedentemente, en los últimos años, especialmente en América Latina, se le ha asignando crecientemente a los instrumentos internacionales de derechos humanos rango constitucional. Justamente por esta atribución, a los derechos humanos o a los tratados que los contienen, del rango constitucional, es que se ha tendido a confundir o asimilar el referido control de convencionalidad con el control de constitucionalidad. Por esta razón, se tiende a extender las categorías propias de este último control, tales como el control concen-

---

<sup>47</sup> En el caso *La Calchona*, habiendo recurrido las víctimas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “el Estado Chileno llegó a una solución amistosa ante la Comisión a fines del año 2000, reconociendo su responsabilidad, lo cual es una demostración palmaria de que los preceptos de la Constitución, si es que habilitan a que dentro de su marco un error de esa entidad no sea indemnizado, vulneran el derecho internacional y además de que frente a ello existe un derecho a ser indemnizado a pesar de lo resuelto por la Corte Suprema. En esta solución amistosa, el Estado chileno declaró que, “reconociendo además la importancia de contar con mecanismos jurídicos efectivos para ejercer tal derecho, se podría comprometer a efectuar los estudios necesarios para una reformulación de las actuales normas existentes en el plano doméstico”, ello “reconociendo la importancia que tiene la norma sobre indemnización establecida en la Convención”. PICA, Rodrigo: “El derecho a ser indemnizado por privación de libertad basada en falsas imputaciones penales. Incompatibilidad entre Constitución y tratados de derechos humanos”. En *Diario Constitucional*, 25 de octubre de 2011. Disponible en: <http://www.diarioconstitucional.cl/mostrarticulo.php?id=74&idautor=57> [Visitado el 8/11/2011]. “Por su parte, en el plano institucional, el Estado de Chile dio cuenta que se estaba elaborando un proyecto de Ley sobre Acciones Constitucionales, que contemplaría una modificación a la norma constitucional sobre reparación del error judicial, que evitaría que se pudiera producir el mismo resultado, que, en el fondo, obligara a los afectados a tener que recurrir a esta instancia internacional para obtener una reparación a un error judicial flagrante como aconteció en este caso”. CAROCCA, Alex: “Reflexión sobre el derecho a la reparación del error judicial en Chile a propósito de la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el llamado caso del puente “La Calchona”, en *Ius et Praxis*, vol. 8, N° 2 (2002).

<sup>48</sup> “El 7 de diciembre de 2007, el Estado de Chile informó que se había promulgado la Ley 20.211, con lo que se había modificado el artículo 526 del Código Orgánico de los Tribunales, conforme había recomendado la CIDH en su Informe N°. 17/07. Igualmente señaló, que la Excm. Corte Suprema de Chile se encontraba elaborando la normativa reglamentaria necesaria para establecer los requisitos que los extranjeros residentes en su país deberán cumplir para obtener el título de abogado. Con base en lo anterior, la Comisión considera que esta recomendación se encuentra plenamente cumplida por el Estado de Chile”. Informe N° 56/10. Caso 12.469. Fondo. Margarita Cecilia Barbería Miranda contra Chile. 18 marzo de 2010, par. 61.

trado o el difuso, hacia el control de convencionalidad. Ciertamente, ambos tipos de control, en teoría, se desarrollan plenamente en el ámbito interno de los Estados por la magistratura estatal y por los demás órganos encargados del control de normas. Reitero que uno de los objetivos principales del control de normas jurídicas es mantener la coherencia del sistema normativo a través del principio de la validez de las mismas mediante su ajuste y conformidad a una que se considera de carácter superior. En este sentido, uno de los rasgos crecientes dentro del constitucionalismo latinoamericano es la obligación constitucional de adecuar el derecho nacional y de interpretar los derechos humanos reconocidos y garantizados en el orden interno conforme a los tratados internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, se puede desprender de las constituciones de Bolivia<sup>49</sup>, Colombia<sup>50</sup>, Ecuador<sup>51</sup> y México<sup>52</sup>.

El orden interno de los Estados es el lugar natural donde debería desarrollarse el control de convencionalidad. Así, en el ámbito nacional, un juez ordinario efectúa el control de convencionalidad de la ley teniendo como instrumento de referencia la Convención o tratado respectivo. El juez constitucional debiera efectuar el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad simultánea y armónicamente, considerando tanto a la Constitución como la Convención como instrumentos complementarios que se enriquecen y realzan. Si el juez nacional, en el procedimiento de contrastación de la norma nacional con la norma internacional de derechos humanos llega a la conclusión que la primera no es compatible con la segunda, debería hacer primar el principio del estándar más alto, esto es, la norma que otorgue una protección

---

<sup>49</sup> “Artículo 13. [...] IV. 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”. Constitución de la República de Bolivia de 2009.

<sup>50</sup> Artículo 93 de la Constitución de Colombia de 1991.

<sup>51</sup> “Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. Constitución de la República de Ecuador de 2008.

<sup>52</sup> “Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. 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”. Dos primeros incisos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

mayor al individuo o que menos restrinja sus derechos fundamentales. De acuerdo con Gonzaga Jayme, la resolución de las eventuales antinomias jurídicas en un Estado constitucional y democrático de Derecho “debe ser efectuada por el criterio de la regla más favorable al ser humano. Es necesario reconocer en el individuo la razón de ser del Estado”<sup>53</sup>.

Los jueces constitucionales no debieran mirar los tratados internacionales de derechos humanos y el rol del control de convencionalidad como una fuente de competencia, sino de complementariedad. Si en algún ámbito de los derechos humanos la Convención pudiera ser considerada competencia de la Convención, en ese caso, eso debiera constituir un motivo de preocupación para el sistema jurídico y político. En efecto, en este evento, la Constitución no se habría adecuado al nivel de protección superior del individuo proporcionado por la Convención. Si la Constitución proporciona el mismo nivel de protección que la Convención o uno superior, entonces, las posibilidades de conflicto entre la Convención y la Constitución se verían disminuidas<sup>54</sup>. En este último caso siempre debiera terminar aplicándose la Constitución –que contiene el estándar de protección más alto– y el control de constitucionalidad terminará siempre superponiéndose al control de convencionalidad. Pero lo más importante en esta figura es que sería necesario abordar la idea de la Constitución –cualquiera sea su contenido– como la norma superior del ordenamiento, considerando la efectiva garantía y protección de los derechos humanos que dicho instrumento proporciona a los individuos y comunidades a quienes se aplica. Quizás el mensaje final del control de convencionalidad, el cual es contrastado con el control de constitucionalidad, es que el Derecho que protege la dignidad humana y la efectiva vida digna del ser humano, alejándose del rígido formalismo positivista, ha pasado a ocupar el lugar de la

---

<sup>53</sup> GONZAGA: “A relação entre o sistema...”, pp. 1-18, especialmente, pp. 15-16.

<sup>54</sup> “Of course, it is not problematic at all if the Hungarian law is more generous or grants more guarantees in respect of human rights issues than the international treaties signed by Hungary. On the one hand, this follows from the nature of the regulations, and it is usually stated even in the treaties themselves that none of their provisions shall be interpreted to the derogation of more favourable domestic regulations. On the other hand, the domestic law must reach the minimum level of legal protection required by the rule under the international law. From a constitutional point of view – and with due account to the requirement of harmonisation under Article 7 para. (1) of the Constitution – no theoretical support should be given to the avant-garde interpretation of the terms used in the international treaties and to their unfounded “further development” as it causes serious practical problems. As the legislature and the judiciary may only interpret international treaties in conformity with the international law, special attention is to be paid to the international documents containing interpretations by bodies authorised by the States Parties to that effect. This obligation of consideration does not depend on the legal nature of the document under international law in which it is presented, i.e. whether or not the document itself imposes any direct obligation on Hungary. With respect to the above, I hold that not only the interpretations contrary to the international law but also the ones leading to clearly absurd results are to be considered incompatible with the requirement under Article 7 para. (1) of the Constitution.” The Constitutional Court of the Republic of Hungary. Decision 45/2005 (XII. 14.) AB, 13 december 2005. Concurrent reasoning by Dr. Péter Kovács, Judge of the Constitutional Court, para. III/2/1.

norma suprema del ordenamiento. En un constitucionalismo democrático de los derechos humanos este derecho supremo debiera estar contenido y garantizado por la Constitución. En ese evento, la Constitución retendría su carácter de norma superior, porque se trataría de una Constitución a talla humana, esto es, pondría al hombre, su condición humana, su dignidad y sus derechos, en la cúspide del sistema normativo. Esta visión de preponderancia de los derechos humanos implica un verdadero cambio de paradigma.

Es precisamente en este sentido que la Corte IDH ha desarrollado su doctrina del control de convencionalidad.

## II. El control de convencionalidad y la jurisprudencia evolutiva de la Corte IDH

La Corte IDH incorporó explícitamente en 2006 por primera vez en el texto de su sentencia la doctrina del control de convencionalidad como una obligación del Estado, y más precisamente, del Poder Judicial. A partir de esta primera elaboración, la Corte IDH ha sido receptiva a diversas consideraciones planteadas acerca de esta doctrina y por ello ha variado, en sus sucesivas sentencias, la formulación de esta obligación de control de convencionalidad y ha desarrollado su interpretación acerca del real sentido y alcance del control de convencionalidad.

En esta parte de nuestra breve exposición intentaremos abordar una serie de preguntas que se plantean a propósito de la doctrina de la Corte IDH respecto de la obligación de los Estados de efectuar un control de convencionalidad. ¿Cuándo comenzó esta doctrina? ¿Cuántas veces se ha reiterado por la Corte IDH? ¿En qué tipo de casos se ha utilizado? ¿Cómo ha evolucionado esta doctrina a lo largo de los años?

La consagración de la doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH, se produjo en un caso sobre una ley de amnistía dictada por un gobierno *de facto* incompatible con la CADH<sup>55</sup>. En este contexto, el principio

---

<sup>55</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 N° 154, par. 124; Previamente, el juez García Ramírez había hecho una somera referencia al control de convencionalidad en el caso *Myrna Mack*. “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 sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos 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 C N° 101. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso *Mack Chang vs. Guatemala* del 25 de noviembre de 2003, par. 27.

que se desprende es el siguiente: Si la Corte IDH y otros órganos de derechos humanos han declarado que leyes o disposiciones de derecho interno dictadas durante gobiernos democráticos que impidan la persecución e investigación de violaciones a los derechos humanos son incompatibles con la CADH, con mayor razón, *a fortiori*, lo son disposiciones de derecho interno o leyes de amnistía dictadas durante gobiernos *de facto* que produzcan el mismo efecto.

Esto último no es sino una manifestación de la evolución del concepto de soberanía. La Corte IDH reitera una vez más que las Leyes de Amnistía u otras medidas análogas carecen de efectos jurídicos desde un inicio respecto de graves violaciones de derechos humanos<sup>56</sup>. Esta aseveración es efectuada por los jueces interamericanos a propósito de violaciones graves que contravienen derechos inderogables y vinculándolo al ejercicio del control de convencionalidad. La Corte IDH configura el control de convencionalidad como una obligación internacional del Poder Judicial.

Este mensaje constituye un llamado de atención a los Estados en el sentido de su deber de adecuación positiva (dictar leyes y adoptar medidas) y negativo (eliminar los obstáculos, legales o administrativos) para que los individuos puedan gozar plenamente de los derechos y libertades garantizados en la Convención Americana y otras normas convencionales respecto de las cuales la Corte IDH tenga jurisdicción. A partir de este primer pronunciamiento, la Corte IDH ha continuado desarrollando su doctrina del control de convencionalidad, la cual ha ido mutando a través del tiempo.

## 1. Evolución de la doctrina del control de convencionalidad

La doctrina de la Corte IDH acerca del control de convencionalidad ha evolucionado desde su formulación más temprana hasta su elaboración actual. La primera vez que aparece la idea del control de convencionalidad en el cuerpo de una sentencia de la Corte IDH fue en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), en los siguientes términos:

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

---

<sup>56</sup> Corte I.D.H.: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C N° 219, parás. 174, 176 y 180.

por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>57</sup>.

A partir de esta primera manifestación, se pueden apreciar las siguientes variaciones en la evolución jurisprudencial mencionada.

1. La primera parte de la formulación del control de convencionalidad se ha mantenido inalterada. De esta manera, siempre se reconoce que “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”.
2. Al origen, la Corte mencionaba la expresión “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional”. En las últimas sentencias de la Corte IDH, se modificó esto por la expresión “cuando un Estado es parte de un tratado internacional”.
3. En la primera formulación del control de convencionalidad, la Corte IDH se refería a “sus jueces, como parte del aparato del Estado”, mientras que en las últimas sentencias se señala: “todos sus órganos, incluidos sus jueces”. En la sentencia del caso *Contreras y otros vs. El Salvador* (agosto 2011), la Corte IDH utiliza la expresión “todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a [la Convención Americana]”.
4. Inicialmente, la Corte IDH se refería a que los jueces estaban obligados “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”, en circunstancias que, elaboraciones recientes aluden a “normas contrarias a su objeto y fin”. En consecuencia, se aprecia que el ámbito de acción o alcance del control de convencionalidad puede ser más amplio.
5. En un inicio, cuando la Corte se refería a las leyes contrarias al objeto y fin de la Convención Americana, culminaba afirmando “y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. A partir de la sentencia *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010) esta expresión ha desaparecido.

---

<sup>57</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 N°. 154, pará. 124.

6. En un comienzo, la Corte IDH se refería a que “el Poder judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’”<sup>58</sup>. Luego, en una etapa intermedia, la Corte IDH utilizó la fórmula “El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio*”<sup>59</sup>. A partir del caso *Cabrera García y Montiel Flores* (2010), la Corte ha ampliado los sujetos a los que se dirige la obligación, utilizando la siguiente figura: “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”<sup>60</sup>.
7. En la primera formulación de esta doctrina, la Corte IDH se refería a 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”<sup>61</sup>. En las sentencias recientes, la Corte IDH se refiere a un control de convencionalidad “entre las normas internas y la Convención Americana”<sup>62</sup>.
8. En la sentencia *Almonacid* (2006), no aparece mayor mención en cuanto a cómo realizar este control de convencionalidad, mientras que en las últimas sentencias de la Corte IDH se ha agregado que el control de convencionalidad se realiza “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”<sup>63</sup>.
9. En la parte final del párrafo que resume la doctrina del control de convencionalidad, nuevamente, se ha pasado de referirse al “Poder Judicial” a utilizar una expresión más amplia, como sigue: “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia’ deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>64</sup>. En el caso *Contreras y otros vs. El Salvador* (agosto 2011), la Corte IDH refuerza y acentúa la relevancia de los principios que se pueden extraer de sus ense-

---

<sup>58</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, par. 124.

<sup>59</sup> Corte IDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C Nº. 219, par. 176.

<sup>60</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, par. 225.

<sup>61</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, par. 124.

<sup>62</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, par. 225.

<sup>63</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, par. 225.

<sup>64</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, par. 225.

ñanzas contenidos en sus pronunciamientos jurisdiccionales. Así la Corte IDH señala que “independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal [...]”<sup>65</sup>.

10. La Corte IDH se refiere a las prácticas judiciales y a todo tipo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto manifestaciones del orden público estatal<sup>66</sup>.

Efectivamente, la Corte IDH extiende el control de convencionalidad no solamente a la aplicación de la CADH y a la adecuación de las normas internas a la Convención Americana, sino también resalta como parte integrante de este control las prácticas judiciales y a todo tipo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana, en cuanto manifestaciones del orden público estatal.

Así, en el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México* de 2010, la Corte IDH afirmó que “no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantiza los derechos contenidos en la Convención Americana. De conformidad con la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento, también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2º de la Convención. En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser cohe-

---

<sup>65</sup> Corte IDH: *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C N° 232, par. 228.

<sup>66</sup> Corte IDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C N° 219, par. 176; Cfr. Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, par. 124; Corte IDH: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, par. 219; Corte IDH: *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C Na. 217, par. 202.

rente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana”<sup>67</sup>.

Finalmente, la propia Corte IDH ha contribuido decisivamente a la confusión y tendencia a examinar con los mismos criterios de análisis, tanto el control de convencionalidad como el control de constitucionalidad. El pronunciamiento en el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso* (2006) es un ejemplo de ello. En efecto, en dicho caso la Corte IDH afirmó que “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”<sup>68</sup>.

De esta manera y en suma, la formulación de la obligación de efectuar el control de convencionalidad, a octubre 2011, se encuentra como sigue:

“Este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para 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, en el marco de sus respectivas competencias y de

---

<sup>67</sup> “De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario”. Corte IDH: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, parás. 218 y 220.

<sup>68</sup> “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. 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 presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158, pará. 128.

las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>69</sup>.

Esta última formulación del control de convencionalidad tiene de destacable una práctica de la Corte IDH, consistente en que la afirmación del control de convencionalidad se efectúa en el marco de la determinación de las reparaciones debidas y, dentro de este contexto, en el ámbito de las garantías de no repetición<sup>70</sup>. Se puede desprender de lo anterior que la Corte IDH considera el control de convencionalidad como una obligación de los órganos del Estado que garantice la no repetición de la violación de la Convención Americana. De esta manera, se resalta por la Corte IDH el rol de prevención e inmunizador del Estado que cumplen todos los jueces nacionales y órganos vinculados a la administración de justicia. Una función constitucional e internacional de los jueces estatales es evitar hacer incurrir al Estado en responsabilidad, esto es, procurar que el Estado actúe conforme a Derecho.

## 2. La interpretación de la CADH

Tal como lo han afirmado varios tribunales de la región, la interpretación efectuada por un tribunal estatal de la CADH debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>71</sup>.

La Corte IDH ha interpretado el sentido y alcance de la obligación de control de convencionalidad. En efecto, como una manera de reforzar el control de convencionalidad, entendido como una verdadera obligación internacional del Estado, particularmente, del Poder Judicial, emanada del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte IDH ha afirmado en el caso *Gomes Lund*: “En el presente caso, el Tribunal observa que no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacio-

<sup>69</sup> Corte IDH: *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C N° 232, pará. 226.

<sup>70</sup> Corte IDH: *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C N° 232, parás. 223 y siguientes. Corte IDH: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C N° 216, parás. 203 y siguientes.

<sup>71</sup> “La interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina: *Caso Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros*. Corte Sup., 7/7/1992. Fallos: 315:1492, pará. 21.

nales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. El Tribunal estima oportuno recordar que la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, incumplir obligaciones internacionales. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de su derecho interno<sup>72</sup>.

En consecuencia, es unánimemente aceptado que el control de constitucionalidad es una garantía constitucional<sup>73</sup>. Igualmente, el control de convencionalidad se erige como una garantía del cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y de los efectos jurídicos derivados de los compromisos internacionales en el orden interno de los Estados, esto es, es una garantía de convencionalidad.

En el caso *Gomes Lund*, la Corte IDH considera evidente que los jueces nacionales han incumplido esta obligación internacional, fundamentalmente, debido a la interpretación y a la aplicación que el Tribunal Supremo Federal ha hecho de la ley de amnistía. En efecto, la “Corte Interamericana considera que la forma en la cual ha sido interpretada y aplicada la Ley de Amnistía adoptada por

---

<sup>72</sup> Corte IDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C Nº. 219, par. 177; *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, de 9 de diciembre de 1994. Serie A Nº. 14, par. 35; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C Nº. 160, par. 394, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C Nº. 166, par. 104. Asimismo, *cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999. Serie C Nº. 59, Considerando 3; *Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2010, Considerando 3, y *Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1 de septiembre de 2010, Considerando 5.

<sup>73</sup> “Las garantías constitucionales son las instituciones a través de las cuales se produce el tránsito de la Constitución exclusivamente política a la Constitución también norma jurídica y del Derecho Político al Derecho Constitucional. Sin ellas, el Derecho Constitucional tiene que ser un Derecho del “principio de legalidad”, pero no puede ser un Derecho del “principio de constitucionalidad”. PÉREZ: Curso de Derecho Constitucional, pp. 145-146.

Brasil ha afectado el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos [... y] la obligación de adecuar su derecho interno consagrada en el artículo 2 de la Convención Americana”<sup>74</sup>.

Además, la Corte IDH, en el *caso Gelman*, confeccionó un gran *obiter dictum* sobre la relación entre un verdadero régimen democrático y las normas y obligaciones de protección de los derechos humanos. En efecto, la Corte IDH afirmó lo siguiente: “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”<sup>75</sup>.

En nuestra opinión, la doctrina del control de convencionalidad, tal como es planteada por la Corte IDH, simplemente tiene por objeto que los Estados den cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas al firmar y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, los artículos 1.1 y 2 de la referida Convención imponen a los Estados partes la obligación de adecuar su ordenamiento interno a las disposiciones de la

<sup>74</sup> Corte IDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C Nº. 219, par. 44 y 172.

<sup>75</sup> Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C Nº. 221, par. 239; *vid.* Suprema Corte de Justicia de Uruguay. *Caso “Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela – Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”*, sentencia Nº. 365, de 19 de octubre de 2009, prueba, folios 2325 a 2379 folios 1479 y 1480.

Convención<sup>76</sup>. En este contexto, y reflejando las obligaciones que emanan del control de convencionalidad, el juez ad hoc Figueiredo Caldas, ha afirmado que “[i]nclusive las Constituciones nacionales han de ser interpretadas o, si necesario, hasta (sic) enmendadas para mantener armonía con la Convención y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>77</sup>.

Estas normas deben ser concordadas y armonizadas con los artículos 26 (buena fe) y 27 (imposibilidad de ampararse en el derecho interno para justificar incumplimiento de una obligación convencional) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969<sup>78</sup>. Junto con lo anterior, los Estados deberían considerar las obligaciones provenientes del derecho in-

---

<sup>76</sup> “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”; “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”. *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.

<sup>77</sup> Corte IDH: *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C Nº. 219. Voto razonado del juez Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas, pará. 6.

<sup>78</sup> “Artículo 26. ‘Pacta sunt servanda’. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”; “27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.

ternacional general y una larga lista de jurisprudencia internacional<sup>79</sup>. Estos pronunciamientos jurisdiccionales han confirmado la obligación del Estado –y por cierto, de los jueces nacionales– de adecuar el orden jurídico interno al derecho internacional y, además, la han llenado de contenido<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> El caso de las Reclamaciones del Alabama (*Estados Unidos vs. Gran Bretaña*) (1872) The Alabama Claims (United States-Great Britain, Claims Arbitration, 1872, 4 Papers relating to the Treaty of Washington of 1871; El caso Montijo (*Estados Unidos vs. Colombia*) (1875) Arbitral Award of July 26. VII. 1875 in the Montijo case; El caso Wimbledon: Gran Bretaña, Italia, Francia, Japón y Polonia contra Alemania (1923). Permanent Court of International Justice: Judgment N° 1, case of the S.S. Wimbledon, August 17, 1923, Third Session, publication of the Permanent Court of International Justice, Series A – N° 1, S.S. “Wimbledon”, 1923, C.P.J.I., Series A, N° 1; El caso de Georges Pinson (Francia contra México) (1928). The Georges Pinson Case, Annual Digest 1927-1928, case N° 4; “[...] un principio generalmente reconocido del derecho de gentes es que, en las relaciones entre las Partes Contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las de un tratado”. Greco-Bulgarian “Communities”, 1930, C.P.J.I., Series B, N° 17, p. 32; Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, 1930, C.P.J.I., Series A, N° 24, en la p. 12; C.P.J.I., Series A/B, N° 46 (1932), p. 96, en la p. 167; “[...] un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor”. *Treatment of Polish Nationals, 1932, C.P.J.I., Series A/B, N° 44*, p. 4, en la p. 24; *Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras* (1930), Serie B, N° 17, pág. 32; *Caso de Nacionales Polacos de Danzig* (1931), Series A/B, N° 44, pág. 24; *Caso de las Zonas Libres* (1932), Series A/B, N° 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (*Caso de la Misión del PLO*) (1988), pp. 12, a 31-2, pará. 47; “Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia”. Corte IDH: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A N° 14, pará. 35; *vid.* EL-HAGE, Javier: *Límites de derecho internacional para la Asamblea Constituyente*. Santa Cruz de la Sierra: Fundación Nova, 2006, *in passim*.

<sup>80</sup> “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención”. Corte I.D.H.: Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A N° 13, pará. 26; Corte IDH: Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A N° 14, pará. 37; “En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (“*principe allant de soi*”). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados”. Corte IDH: *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N° 39, pará. 68; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, N° 10, p. 20.

## CONCLUSIONES

El control de convencionalidad simplemente traduce la obligación convencional de los Estados de respetar y cumplir con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos que el Estado haya suscrito y ratificado.

La propia Corte IDH, a través de sus sentencias, ha facilitado el camino para que se incurra en dos errores conceptuales: En primer lugar, la Corte ha asimilado o permitido que se asimile el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. En segundo lugar, la misma Corte ha usado la idea de control de convencionalidad para identificar su propia actividad, en circunstancias que dicho concepto ha nacido y se ha desarrollado en el ámbito interno de los Estados.

La formulación de la cláusula del control de convencionalidad ha variado desde la primera vez que se insertó en el texto de las sentencias de la Corte IDH hasta el presente. Creemos que esta variación en la formulación del control de convencionalidad se debe a dos razones. Primero, a un natural proceso de afinamiento y perfeccionamiento de su doctrina del control de convencionalidad. Y, segundo, a una actitud reactiva frente a las críticas que se le han planteado por los diversos actores involucrados. En esta línea, los rasgos más característicos de esta evolución son: 1) La Corte IDH claramente ha ampliado el abanico de sujetos obligados a efectuar el control de convencionalidad. Así, en relación con el Estado, “todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2) Actualmente, la Corte IDH ha ampliado los sujetos a los que se dirige la obligación, incluyendo a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. Todos estos agentes y órganos están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad”; 3) Desde el punto de vista del control de convencionalidad conforme a la interpretación autorizada de la Convención Americana, la Corte IDH prácticamente ha hecho sinónimo el hecho de la adecuación del orden interno al derecho internacional con el hecho de una legislación interna conforme a la Convención Americana. Por eso, en la actualidad la Corte IDH señala que “independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”.

Consecuentemente, la Corte IDH ha ido extendiendo, precisando y, de un modo, clarificando su concepto de control de convencionalidad, habiendo llegado a una etapa en que lo tiene bastante afinado, lo que no significa que en el futuro no se produzcan nuevas evoluciones.

Nosotros sostenemos que de esta formulación del control de convencionalidad aparece que el juez nacional, así como todo aquel llamado a administrar justicia en el orden interno de los Estados, se erige como un verdadero guardián de la CADH. De este modo, el juez nacional debería controlar que las normas internas estén conformes con la CADH, aplicando siempre el criterio de preferencia del estándar más alto de protección del ser humano.

Por otra parte, producto de las afirmaciones doctrinarias y de la propia jurisprudencia de la Corte IDH, se observa el riesgo de asimilar en forma y fondo el control ejercido por la Corte u otros tribunales internacionales de derechos humanos con el control de convencionalidad propio de los jueces internos. Desde nuestro punto de vista, solo es posible un control de convencionalidad propiamente tal en el orden interno de los Estados.

Junto con lo anterior, resta por ver si la doctrina de la Corte IDH será incorporada en la actuación de los órganos de jurisdicción internos de los Estados de la región de manera similar o se producirán diferencias notorias en cuanto a la recepción interna de esta doctrina, lo que pondría en una situación compleja al sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Del mismo modo, queda por ver la forma en que cada Estado operacionalizará –si es que lo hace– el control de convencionalidad y la fórmula concreta que utilizará para implementar este sistema de control de normas. Finalmente, será interesante de observar la forma en que los Estados articularán en el orden interno las diferentes técnicas de control jurisdiccional, particularmente, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad.