



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

estudiosconstitucionales@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de

Chile

Chile

BENAVIDES CASALS, MARÍA ANGÉLICA

EL CONTROL DE COMPATIBILIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (O EL  
PROBLEMA DE LA COMPETENCIA)

Estudios Constitucionales, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 365-388

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82054982011>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## EL CONTROL DE COMPATIBILIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (O EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA)\*

### COMPATIBILITY CONTROL AND CONVENTIONALITY CONTROL (OR THE COMPETITION PROBLEM)

MARÍA ANGÉLICA BENAVIDES CASALS\*\*

Universidad Finis Terrae.

mabenavides@uft.cl

*RESUMEN: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una acción propia del celo en el debido cumplimiento de las obligaciones estatales derivadas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ha dado vida a un control que ha llamado de convencionalidad. El presente artículo centra el problema de la existencia de este control en un asunto de competencia, mirado desde el Derecho Internacional y su circunscripción en el sistema chileno<sup>1</sup>. Descartando la existencia, al menos actual de dicha competencia, se presenta una opción acorde con el Derecho Internacional y armoniosa con los ordenamientos nacionales, en la especie, el chileno: un control de compatibilidad, que permite abordar la compleja relación entre ambos derechos, permitiendo vías de cumplimiento de ambos.*

*ABSTRACT: The Inter-American Court of Human Rights, in an action proper to zeal in due fulfillment of State's obligations derived from the Inter-American Convention on Human Rights, has given life to a control that has been called of conventionality. The present article raises the problem of the existence of this control in a matter of competence, looked at from the International Law. Discarding the existence, at least current of this competence, presents an option in accordance with International Law and harmonious with national laws, a compatibility control, which allows addressing the complex relationship between both rights, allowing ways of complying with both.*

*PALABRAS CLAVE: Control de convencionalidad. Control de compatibilidad. Corte Interamericana DDHH. Relación entre Derecho Internacional y Derecho nacional.*

*KEYWORDS: Conventionality control. Compatibility control. Inter-American Court of Human Rights. Relationship between national law and international law.*

\* Trabajo recibido el 3 de abril de 2017 y aprobado el 4 de octubre de 2017.

\*\* Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad del Sarre, Alemania. Diplomada en Derecho Europeo mención DDHH por la misma Universidad. Profesora Derecho Internacional Público. Directora de Investigación Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae.

<sup>1</sup> El trabajo se centra en el ámbito chileno, sin perjuicio de esto, se hacen alusiones bibliográficas y de discusión en otros países latinoamericanos.

## I. INTRODUCCIÓN

El ámbito de los DDHH se caracteriza, o debe ser leído, como una convicción estatal de acordar normas jurídicas protectoras de esos derechos. Sin embargo, una aproximación cercana a esto, nos hace ver que no todos los Estados comulgan de esas normas y, por ende, no todos las ratifican, muy pocos de esos tratados tienen instancias jurisdiccionales que de existir son subsidiarias y el sometimiento es voluntario, las normas de interpretación son fuertemente impregnadas por la voluntad de las partes, etc.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte), en un esfuerzo por fortalecer la protección de los derechos contenidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CIDH o la Convención), ha creado un control. Lo ha llamado control de convencionalidad. Resulta complejo señalar los efectivos límites y características de este control, toda vez que la jurisprudencia ha sido vacilante y aún está en camino de un desarrollo conceptual mayor. Sin embargo, es posible señalar que este control pretende, en definitiva, que el Estado adecúe su ordenamiento interno (entendido por cualquier acto emanado del poder público soberano) a los términos de la Convención, entendido por algunos como intento de obviar los procesos y controles internos, así como los efectos propios del derecho internacional al darse una situación de incumplimiento de norma.

En el presente trabajo se abordará la (in)existencia del control de convencionalidad desde el Derecho Internacional, que no sea un estricto control de compatibilidad interpretativa. Para esto se considerarán aspectos de Derecho Internacional general y la jurisprudencia más relevante de la Corte. Se abordará asimismo, el caso chileno y la eventual recepción de esta creación pretoriana<sup>2</sup>. Finalmente, se propone un *control de compatibilidad*, que recogiendo normas generales de Derecho Internacional y las particulares de la Convención Interamericana, permiten ofrecer la existencia de una armonización, que respeta actos soberanos coexistentes: ratificación de la Convención Interamericana y las normas nacionales. Esto especialmente referido al caso chileno atendidos los artículo 5º y 54 de la Constitución.

<sup>2</sup> Se ha dejado al margen el estudio de la recepción de este control en otros Estados, sin perjuicio de las debidas referencias bibliográficas que permiten al lector concurrir a literatura especializada.

## II. ELEMENTOS PREVIOS A CONSIDERAR

La gran transformación del Derecho Internacional Público (en adelante, DIP o Derecho Internacional)<sup>3</sup> podemos apreciarla, entre otras, desde dos perspectivas.

En primer lugar, el aumento en el número de Estados y la existencia de nuevas entidades más allá de éstos, que actualmente gozan de la categoría de sujetos de DIP. Así las organizaciones internacionales, por ejemplo, despliegan un intenso trabajo creador de normas internacionales, dentro de sus ámbitos de competencia. Junto a ellas está el individuo como sujeto de derechos exigibles frente a los Estados, sea en sede nacional como internacional. Si bien el individuo es sujeto parcial de DIP, toda vez que no crea derechos y tampoco tiene acceso en el ámbito internacional a recursos generales de reclamación de derechos, salvo el establecimiento de mecanismos creados por parte de los Estados, es, sin embargo, eje esencial de parte importante del DIP: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DDHH)<sup>4</sup>.

Empero la existencia de este aumento cualitativo y cuantitativo no se ha modificado aún el aspecto fundamental de la sociedad y el Derecho Internacional: el DIP tiene aún como sujeto principal al Estado. Esto no ha variado sustancialmente. Son ellos los que crean normas generales<sup>5</sup> y dan vida a otros sujetos, entregándoles competencias. Esta es una facultad privativa de los Estados en el ámbito del DIP. Los sujetos por autonomía del DIP son aún los Estados. Y la perspectiva con la que lo crean, impregna las fuentes jurídicas y su aplicación.

En segundo lugar, mediante la positivización de los DDHH, los Estados han creado derechos que no conocen como destinatario a otro Estado, sino a la persona. Asimismo, han permitido y facilitado la creación de normas cuyos efectos permean el ámbito nacional y obligan a una adecuación o convivencia de dos órdenes jurídicos para cumplir las obligaciones derivadas de los derechos reconocidos en favor de los individuos.

Ambos elementos, distintivos del actual DIP, deben ser revisados desde la heterogeneidad de la sociedad internacional. Esta diferencia fundamental de los sujetos principales de DIP, los Estados, se plantea en relación con el desafío en la

<sup>3</sup> VON BOGDANDY (2006).

<sup>4</sup> FROWEIN (2000).

<sup>5</sup> La excepción son órganos de organizaciones internacionales, como las medidas dictadas por el Consejo de Seguridad. Pero su competencia, derivada del acto estatal de creación, es el que atribuye esa facultad, y no puede, por tanto, dictar normas obligatorias en otros ámbitos de aquellos en que tiene competencia.

elaboración y cumplimiento de normas jurídicas y, por tanto, en la búsqueda de parámetros de aplicación e interpretación jurídica.

Por lo tanto, el que los Estados sean aún el principal sujeto de DIP y que los DDHH demanden nuevas formas de cumplimiento que incluyen instancias internas, debe ser abordado desde la perspectiva de la señalada diversidad. El cumplimiento jurídico de las normas creadas por los Estados no puede desentenderse de la radical diferencia entre los sujetos, de la que deriva, por ejemplo, la existencia de reglas de interpretación que incluyen, entre otras, elementos de práctica estatal<sup>6</sup>, así como el hecho que los Estados de forma consistente se han negado, en general, a la creación de instancias internacionales jurisdiccionales, que de existir no se activan sin el necesario requisito de sometimiento.

A la luz de estos elementos previos, podemos iniciar el análisis de la existencia del denominado control de convencionalidad.

### III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El cumplimiento de las obligaciones jurídicas derivadas de normas de DDHH, demanda mecanismos que garanticen al sujeto depositario del derecho, su debida protección y ejercicio.

La Convención Interamericana constituye un instrumento, desde su contenido normativo, amplio en el espectro de derechos a proteger. Además, contiene una distintiva y peculiar norma, a saber, el artículo 2. Excluidos los tratados universales nacidos en el marco de Naciones Unidas debido a sus precarias formas de fiscalización acordadas por los Estados<sup>7</sup>, la Convención Interamericana junto a la Convención Europea de DDHH constituyen los dos instrumentos regionales con instancias jurisdiccionales para el conocimiento en caso de violación de sus normas. La diferencia fundamental entre ambos radica en la competencia obligatoria del

<sup>6</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), artículo 31.

<sup>7</sup> Los instrumentos jurídicos universales de DDHH contienen normas de fiscalización de naturaleza no jurisdiccional, remitiéndose prácticamente a la entrega de informes que, si bien otorgan un estado de la cuestión en el país informante, las recomendaciones de los comités que los reciben y revisan son eso, recomendaciones, y no constituyen instrumentos jurídicos vinculantes. Los mecanismos más intromisivos como la posibilidad de denuncias individuales, requieren la ratificación de protocolos anexos. Sobre efectos de instrumentos internacionales diversos a las fuentes tradicionales ver: BEDERMAN (2010), BOYLE (2010), CANCADO (2006) y AGUILAR (2008).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el recurso individual inexistente en nuestro ámbito regional<sup>8</sup>.

Ambos sistemas se basan en un procedimiento conducente a determinar si existe o no violación de un derecho convencional, declarándose judicialmente la responsabilidad internacional del Estado y el pago de una indemnización.

Sin embargo, la Convención Interamericana contiene el mencionado artículo 2, que señala:

*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.*

La Corte Interamericana ha desarrollado un concepto novedoso<sup>9</sup>, inexistente semánticamente en la Convención, denominado Control de Convencionalidad. Sin perjuicio de su inexistencia literal, es necesario abordar la competencia de la Corte (que viene dada por normas generales del DIP, normas especiales de la Convención y la práctica posterior de los Estados) y las obligaciones de los Estados derivadas de la Convención, para efectos de concluir si en lo sustantivo existe, más allá de su nomenclatura expresa o no en la CIDH.

### *1. Génesis del control de convencionalidad*

Las primeras referencias al control de convencionalidad las encontramos en votos concurrentes de la Corte<sup>10</sup>, en los que el juez García Ramírez señala: “(n)o es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo 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 internacio-

<sup>8</sup> Ver PAUL (2010).

<sup>9</sup> Un muy completo análisis sobre su evolución véase en HENRÍQUEZ (2014), HITTERS (2015) OLANO (2017) y NOGUEIRA (2015).

<sup>10</sup> CIDH, serie C Nº 101, 25 de noviembre de 2003 - CIDH, Serie C Nº 114, 7 de septiembre de 2004 - CIDH, Serie C Nº 133, 15 de septiembre de 2005 - CIDH, Serie C Nº 138, 1 de febrero de 2006.

*nal*”<sup>11</sup>. En estos inicios de las menciones al control de convencionalidad, se hace referencia en primer lugar a una realidad jurídica incuestionable del DIP sobre la que posteriormente volveremos (la responsabilidad del Estado se deriva de cualquiera que actúe a su nombre y lo represente<sup>12</sup>), pero introduce la existencia de un “control de convencionalidad” derivado de un *régimen de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte*. Los elementos centrales de estas primeras referencias son dos: en primer lugar, y acertadamente, la unidad del Estado ante el DIP; en segundo lugar, la existencia, derivada de la jurisdicción de la Corte, de un *control de convencionalidad*, al que se encuentra obligado ella y toda autoridad nacional. La dificultad de la referencia a un *control* que implique efectos<sup>13</sup> y mecanismos de solución declarados de forma directa por la Corte, radica en que el DIP general y la Convención en particular, omiten referencia alguna a la forma de cumplimiento de sus normas en el ámbito doméstico y, por tanto, no parece dable su creación judicial si no está acompañada de normas internas. El control de convencionalidad, en esos términos, constituiría más una forma de entender la primacía del DIP sobre el derecho nacional, sometiendo el actuar estatal a un *control* y efectos determinados externamente<sup>14</sup>.

Estos primeros indicios traen consigo la discusión aparente entre jerarquía y responsabilidad internacional, la que se deriva necesariamente del no cumplimiento de la obligación y, en el caso de la Convención, del no cumplimiento del artículo 2. Pero la existencia de un *control*, hace caer la manzana de la responsabilidad muy lejos del árbol, atribuyendo o intentando al parecer atribuir jerarquía y, por tanto, aplicabilidad del DIP sobre el derecho nacional, efecto no buscado por el DIP en general y la Convención en particular.

El control de convencionalidad encuentra su declaración explícita por primera vez en la sentencia de fondo de la Corte, en el caso *Almonacid vs Chile*, mediante la declaración de la existencia de una “especie de control”: “*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*

<sup>11</sup> CIDH, serie C N° 101, 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

<sup>12</sup> DOEHRING (2004).

<sup>13</sup> SAGÜÉS (2010), pp. 127 y ss.

<sup>14</sup> No consideramos que la Corte tienda a este efecto extremo, pero es necesario descartarlo como posible desde el comienzo de la discusión.

*jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 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>15</sup>.

## *2. Quién ejerce el control de convencionalidad*

La Corte crea el instituto del *control de convencionalidad* atribuyéndose su conocimiento, así como imponiendo la obligación de realizarlo a los Estados.

Como adelantábamos precedentemente, el asunto de fondo del control es un problema de competencia. Atendido esto, abordaremos el sujeto que estaría obligado al *control*, esto es, la Corte y los Estados.

### *2.1. La Corte y la competencia para un control*

Desde la perspectiva del DIP, es absolutamente posible la existencia de competencia para un control incluso normativo y con capacidad de definir consecuencias jurídicas concretas de vigencia y validez, y que sea entregado a un órgano jurisdiccional internacional, cuyo parámetro sea el instrumento internacional convencional o aquellos instrumentos jurídicos a considerar, por disposición de los Estados en el acto creador de la norma<sup>16</sup>, o bien con posterioridad mediante interpretación según la norma del artículo 31 de la Convención de Viena<sup>17</sup>.

Sin embargo, enfrentados a la falta de competencia expresa en el instrumento (como es el caso de la Convención en relación con el *control de convencionalidad*), la existencia de competencia debe ser abordada de forma acorde con el contexto general del DIP. La jurisdicción internacional es de excepción. Con una notoria

<sup>15</sup> CIDH, Serie C Nº 154, 26 de septiembre de 2006 párrafo 12.

<sup>16</sup> Instancias supranacionales en estricto rigor.

<sup>17</sup> Artículo 31 pár. 3: Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

intención de evitarla, los Estados han dotado a los tratados de órganos de control, que en su mayoría no son jurisdiccionales. Los comités de los tratados de la ONU no son instancias jurisdiccionales, pero obviamente potencian el desarrollo del DIP. Pero no son instancias jurisdiccionales. Sus mecanismos de control son más bien débiles, y para que sean más intromisivos y decisores, los Estados deben ratificar protocolos anexos.

Dado lo anterior, las competencias de los órganos jurisdiccionales deben ser interpretadas de forma que no desvirtúen el sistema creado por los Estados al dar vida a la norma jurídica internacional<sup>18</sup>. Los tribunales internacionales no tienen competencia para crear derecho más allá del vigente. Esto, sin embargo, no es obstáculo para aplicar interpretaciones evolutivas y dinámicas que redefinan derechos y sus contenidos, sin llegar a crear nuevos<sup>19</sup>.

## *2.2. El Estado y la obligación de controlar convencionalmente por disposición de la Corte*

La Corte, en la creación y desarrollo del control de convencionalidad desde el año 2006, va en forma progresiva atribuyendo, en primer lugar, la obligación de controlar convencionalmente a los jueces inferiores como parte del Poder Judicial<sup>20</sup>, para luego, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, ampliar el espectro de obligados “a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”<sup>21</sup>. Y, finalmente, en el caso *Gelman vs. Uruguay* extendió la obligación, de ejercer el control de convencionalidad a todo órgano que ejerza potestades públicas<sup>22</sup>. La Corte se habría transformado mediante su creación

---

<sup>18</sup> El sistema del Derecho Europeo, con las competencias del Tribunal de las Comunidades y su interpretación extensiva, obedece a un sistema diverso de intensa integración buscada por los Estados.

<sup>19</sup> FASTENRATH (1991).

<sup>20</sup> CIDH, Serie C N° 154, 26 de septiembre de 2006.

<sup>21</sup> CIDH, Serie C N° 220, 26 de noviembre de 2010.

<sup>22</sup> CIDH, Serie C N° 221, 24 de febrero de 2011, párr. 239: “*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 solo del Poder Judicial.*

jurisprudencial en un ente que atribuye competencias u obligaciones a órganos nacionales fijando sus efectos<sup>23</sup>.

Ahora bien, toda obligación internacional recae sobre el Estado en su conjunto. El Estado es indivisible enfrentado a la responsabilidad internacional. Cualquiera de sus órganos puede hacer al Estado responsable por la violación de obligaciones jurídicas internacionales.

Resulta indiferente la jerarquía del órgano jurisdiccional, o si el órgano pertenece a la esfera del Poder Legislativo o Ejecutivo. El DIP sólo exige, y no podía ser de otra manera atendida la diversidad de formas de organización estatal, que el órgano sea capaz de representarlo, en la medida que actúa ejerciendo potestades que se realizan en función de ser parte del Estado.

No existiendo norma convencional expresa (como ocurre en la Convención) que obligue al Estado a llevar adelante un control determinado con parámetros y efectos definidos, el control existirá desde una perspectiva nacional, en la medida que el Estado haya creado en su ordenamiento interno la existencia de ese control con las características que se le determinen, atribuyendo mediante normas

<sup>23</sup> CIDH, Serie C N° 300, 2 de septiembre de 2015, párr. 113: “Por otra parte, la Comisión destacó la falta de una normativa interna o de prácticas judiciales pertinentes, mediante las cuales se establezca un recurso para hacer efectiva la regla de la exclusión de las pruebas obtenidas bajo tortura. De igual manera observó, que además de que el marco normativo constituye en sí mismo un obstáculo para lograr que la justicia ordinaria revise ciertas decisiones de autoridades militares, en el presente caso, la Corte Suprema de Chile contribuyó a perpetuar este impedimento por la vía de la interpretación, al no ejercer un ‘control de convencionalidad’ para brindar un recurso efectivo a las presuntas víctimas del caso que haga operativa la regla de exclusión”.

CIDH, Serie C N° 279, 29 de mayo de 2014, párrafo 436: “La Corte estima que, en el marco del ordenamiento jurídico chileno aplicado en este caso, resulta adecuado ordenar a Chile que, para evitar violaciones como las declaradas en la presente Sentencia, regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la presente Sentencia (supra párrs. 242-247). Adicionalmente, el Tribunal recuerda que a fin de garantizar dicho derecho de la defensa a interrogar testigos, las autoridades judiciales deben aplicar esos criterios o estándares establecidos por la Corte (supra párrs. 242-247) en ejercicio del control de convencionalidad”.

CIDH, Serie C N° 279, 29 de mayo de 2014, párrafo 461: “Debido a que concluyó que en el presente caso no fue acreditada una violación del artículo 2 de la Convención, sino que la violación al derecho a recurrir del fallo penal condenatorio derivó de la actuación de los tribunales judiciales en los casos concretos (supra párrs. 275-297), la Corte no estima necesario ordenar a Chile la adecuación de su ordenamiento jurídico interno en esta materia. No obstante, la Corte recuerda la importancia de que las autoridades judiciales apliquen los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte respecto al contenido del derecho a recurrir del fallo penal condenatorio en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar dicho derecho (supra párr. 298)”.

domésticas las competencias y funciones a los entes nacionales involucrados en el control y aplicación de normas internacionales.

Considerando, entonces, las competencias y obligaciones existentes en la Convención, tanto para el Estado como para la Corte, es necesario tomar con mucha cautela la creación pretoriana de controles que no se encuentran en los instrumentos internacionales<sup>24</sup>. Estas conclusiones constituyen expansiones artificiales de competencias que dejan de lado las facultades efectivamente entregadas a los órganos, excediendo las verdaderamente atribuidas por las normas convencionales y su interpretación. La creación sin fundamento convencional, sumado a la falta de contornos claros sobre el instituto creado<sup>25</sup>, corren el riesgo (eventual, por supuesto) de otorgar incertezas y debilitamientos de sistemas protectores de DDHH<sup>26</sup>.

¿Significa esto que no existe un control que analice la correspondencia entre la Convención y los actos jurídicos de naturaleza nacional (independiente del poder que le da origen)?

Si hay controles y necesidades de adaptación producto de la obligación del artículo 2.

Ahora bien, sin necesidad de “creación pretoriana”, las normas del propio DIP y la Convención, otorgan herramientas para llegar, mediante caminos jurídicos aptos, a la debida convivencia entre ambos ordenamientos, desde el punto de vista del Estado, como veremos más adelante. Y desde el punto de vista de la Corte, ésta tiene competencia, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Convención y en su Reglamento<sup>27</sup>, para declarar la responsabilidad internacional del Estado según el artículo 63 de la Convención<sup>28</sup>, estableciendo el derecho violado,

---

<sup>24</sup> Comparar OLANO (2017), p. 87, quien sostiene una postura diversa en este punto.

<sup>25</sup> Los contornos y contenido del control no son claros. Ver HENRÍQUEZ (2014), pp. 120 y ss.

<sup>26</sup> La Corte aún no define los contornos claros de este control. Ha ido incluso mutando a controles más bien de carácter interpretativo. Esto es relevante, ya que uno normativo como el recién mencionado y que establezca competencias internas no es dable fundarlo desde las normas y prácticas actualmente existentes.

<sup>27</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945).

<sup>28</sup> Artículo 63:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere

el cese de tal violación, medidas reparatorias e indemnización<sup>29</sup>. Esta declaración es acompañada, además, en caso de ser necesario, de una solicitud de adecuación de normas o actos internos según el artículo 2 precedentemente mencionado<sup>30</sup>.

Si la Corte creara un *control* que ella ejerce para forzar la adaptación del derecho interno al DIP, y sometiera a los órganos del Estado a llevar adelante igual *control*<sup>31</sup>, olvidaría que el artículo 2 de la Convención obliga a la adecuación, que es el fin último solicitado por la Corte, pero “*con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención*”. Esta es la competencia de la Corte: declarar responsabilidad internacional y ordenar adecuación cuando sea necesario.

### *3. Armonización del artículo 2 de la Convención y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena: Control de compatibilidad*

La convivencia entre normas nacionales e internacionales no es pacífica<sup>32</sup>. El sistema de DIP, y en especial el de los DDHH, es un conjunto no siempre armónico y que presenta diversos grados de vinculación<sup>33</sup>, permitido por el propio ordenamiento internacional<sup>34</sup>.

Con el objeto de intentar definir a qué, quién y cómo obliga el artículo 2 de la CIDH en relación con la adecuación, es menester tener presente aspectos fundamentales del DIP: en primer lugar, las normas de DIP ingresan a los ordenamientos domésticos de acuerdo a los mecanismos establecidos en ellos. En segundo lugar, desde el DIP la obligación de cumplimiento nace desde la ratificación. Y en tercer

---

pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sujetos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

<sup>29</sup> “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (2017): Corte Suprema de Justicia de Argentina, 14 de febrero de 2017, autos N° CSJ 368/1998 (34-M)/CS1.

<sup>30</sup> Ejemplo de ellos es el Caso Atala, CIDH, Serie C N° 239, 21 de noviembre de 2012.

<sup>31</sup> Ver FERRER (2011a).

<sup>32</sup> Un reciente estudio que aporta perspectivas novedosas: ACOSTA (2014).

<sup>33</sup> OBANDO (2008).

<sup>34</sup> Ejemplo de esto, son vastas áreas del DIP contenidas en diversos instrumentos. Así la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al regular las reservas, el rol de los Estados en la interpretación y la facultad de las denuncias, entre otros. Otro ejemplo son los diversos grados de sometimiento permitidos en tribunales internacionales como en la Corte Interamericana, y el sometimiento en general ante la Corte Internacional de Justicia. Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945).

lugar, la forma de cumplimiento es dejada al orden interno, salvo mención en el instrumento internacional que señale algo diferente.

La obligación de cumplimiento sin interferir en los mecanismos de incorporación, jerarquía, etc., y las consecuencias de ello, está contenida en las normas convencionales de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados. A saber, el *pacta sunt servanda* y la no alegación de derecho interno como justificante del incumplimiento.

Ambas normas abordan la exigencia de la obligación de cumplimiento desde perspectivas y momentos diversos. El artículo 26 establece la obligación de cumplimiento una vez ratificado, es decir, establece el momento desde el cual se hace jurídicamente vinculante y, por tanto, exigible para el Estado. Y el artículo 27 no contiene una norma de *cómo cumplir*, sino más bien una norma de responsabilidad internacional derivada del incumplimiento: cuando se justifica el incumplimiento alegando derecho nacional, se incurre en responsabilidad (con las excepciones señaladas en el propio artículo). No significa efectos sobre la norma nacional derivada de contradicciones con la norma internacional. El DIP no tiene la capacidad de anular o derogar normas nacionales, salvo que el propio ordenamiento interno lo disponga. A este punto, y debido a la recurrente referencia del artículo 27 para derivar efectos diversos<sup>35</sup>, resulta clarificador recordar lo señalado por la profesora Ximena Fuentes, en orden a que dicho artículo “nunca tuvo por objeto obligar a los Estados a otorgar primacía al derecho internacional sobre el derecho interno en el ámbito del derecho nacional. El artículo 27 sólo se proponía reiterar que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno en el ámbito internacional Ningún Estado votó en contra del artículo 27, lo cual merece especial consideración atendido el hecho de que, entre los Estados que aceptaron la norma se encontraban varios Estados que sólo otorgan, en su derecho interno, jerarquía legal a los tratados. ¿Cómo podrían, entonces, haber aceptado una disposición que habría traído como consecuencia la necesidad de efectuar una reforma radical a su derecho constitucional y a la distribución de competencias entre sus órganos internos?”<sup>36</sup>.

En el caso chileno, que es el marco de este trabajo, la Constitución contiene dos normas que confirman en el ámbito de los DDHH, lo recién señalado. El artículo 54 de la Constitución sostiene que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los pro-

<sup>35</sup> Ver NOGUEIRA (2003).

<sup>36</sup> FUENTES (2014), p. 600.

pios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional". Si a esto sumamos el artículo 5º de la Constitución<sup>37</sup>, obtenemos que ambos ordenamientos conviven, sin alterar el uno la naturaleza del otro, y por tanto imposible el que desplieguen efectos en su vigencia y validez. Los derechos de ambos ordenamientos son un límite al ejercicio soberano, no estando en relación de jerarquía<sup>38</sup>. Sino más bien habría una estructura normativa que propende a la máxima protección, sea constitucional o internacional, de los DDHH.

El sentido que debe atribuirse a la norma constitucional citada es recepcionar una norma que, sin atribuir jerarquía, mantiene la vigencia y validez de normas nacionales e internacionales. Siendo, por tanto, otros los mecanismos para adecuar y compatibilizar normas contradictorias.

El artículo 2 de la CIDH llena de contenido específico, en el ámbito de dicho instrumento internacional, los enunciados de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, siendo además en el caso chileno coherente con la normativa constitucional: el artículo 54 de la Constitución mantiene la vigencia de normas tanto nacionales como internacionales (dualismo) y es complementario al artículo 5º de la Constitución. Es, en caso de contradicción o supuesta contradicción entre norma nacional o internacional, un problema de compatibilidad interpretativa<sup>39</sup> y no de jerarquía, nulidad, vigencia o validez.

En lugar de *control de convencionalidad*, que implica asumir *a priori* una posición jerárquica del DIP que obliga al cumplimiento vía adecuación mediante la supremacía del instrumento convencional, resultaría más apto hablar de *control de compatibilidad*. Esto, ya que la Corte tiene competencia limitada (establecer violación e instar adecuación) y no para establecer vigencia de normas o nulidad de actos nacionales. Especialmente en el caso chileno, objeto de estudio del presente trabajo, atendido el tenor del artículo 5º de la Constitución.

<sup>37</sup> El artículo 5º de la CPR, al señalar que el límite para aquel que ejerce soberanía (señalados en el inciso 1º del artículo) está dado por derechos que, emanando de la naturaleza humana, estén necesariamente contenidos en la Constitución y en tratados internacionales de DDHH. Lo que no significa establecer posición de jerarquía entre ambos ordenamientos (Constitución y tratados de DDHH). Lo que hace en definitiva es ponerlos en situación de convivencia sin relación jerárquica, debiendo aquel que ejerce soberanía considerar ambas normas. Llenando de contenido sus disposiciones de acuerdo con los mecanismos de interpretación propios de cada uno.

<sup>38</sup> La discusión de jerarquía se plantea en razón del artículo 5º. Ver NÚÑEZ (2009), HENRÍQUEZ (2010) y NOGUEIRA (2003).

<sup>39</sup> Indicios de esto se aprecian el Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrs. 339 y 340.

Por otra parte, la aplicación que los órganos estatales deben realizar de la Convención, en el ejercicio de sus funciones, debe también ser ajustada al derecho nacional actual (texto expreso del artículo 2 de la Convención Interamericana). Ambos derechos, tanto el internacional como el nacional, en el caso chileno y según las normas señaladas, conviven. Nuestro sistema nacional no contiene sanción de invalidez para normas contrarias al DIP. El operador nacional debe hacer convivir ambas normas, haciéndolas compatibles, mediante una interpretación armónica<sup>40</sup>. No es, para el caso chileno, la convención el parámetro y por eso no es un control de convencionalidad. Es un control de convivencia de ambos derechos según el artículo 5º, y por eso es un *control de compatibilidad*. Desde el ordenamiento constitucional chileno actual, el mecanismo para salvar las contradicciones y armonizar ambos derechos (en el caso de las normas), es el del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad<sup>41</sup>.

Sin embargo, previo a tal recurso, que implica una inaplicación (no suspensión<sup>42</sup>) de una de las normas en conflicto, es necesario que el intérprete y, por ende, operador de las normas haga esfuerzos por interpretación armónica, buscando compatibilidad, con el objetivo último de, con ambas normas, llegar a la mayor protección de los derechos y una ponderación según el bien protegido de ambos. Sin llegar a una inaplicabilidad.

Si esa compatibilización vía interpretación es imposible, mediante el eventual recurso de inaplicabilidad, la autoridad nacional constitucional chilena establecería la compatibilidad o incompatibilidad de las normas con efecto de inaplicación, y ordenará tener por no constitucional *ergo*, como incompatible e inaplicable la norma menos protectora en ese caso concreto. Sin embargo y previo a la inaplicación en sede constitucional, y dado el tenor del artículo 5º, el órgano jurisdiccional constitucional nacional se ve enfrentado también a la obligación de buscar en primer lugar una interpretación armónica, utilizando todos los mecanismos de interpretación constitucional e internacional (incluidos aquellos tan disímiles como la interpretación evolutiva y el margen de apreciación) que sean posibles<sup>43</sup>. Si esto fuera imposible, podría declarar la inaplicación de una de las normas.

<sup>40</sup> Ver NASH (2013); FERRER (2011a).

<sup>41</sup> Constitución Política de la República de Chile (2005). Artículo 93 N° 6.

<sup>42</sup> NÚÑEZ (2010), pp. 452 y ss.

<sup>43</sup> La interpretación de norma internacional convencional conoce de métodos y criterios codificados en la Convención de Viena, así como otros desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia internacional. Ver MARTÍNEZ (2014); FERRER (2011), y FAVRE (1960).

Atendido que una reforma a la Convención es poco probable, es necesario esperar la práctica posterior de los Estados para dotar a la Corte de la competencia del *control* a cuyo perfilamiento se ha dedicado<sup>44</sup>. Los Estados pueden reconocer esta competencia, alterando vía interpretación auténtica el contenido de la Convención.

La judicatura chilena es escueta sobre la existencia del *control de convencionalidad*<sup>45</sup>. A nivel de magistratura ordinaria de jerarquía superior, son destacables dos fallos.

La Corte de Apelaciones de Temuco, en la causa 894/2015 (Reforma Procesal Penal) dicta la resolución N° 69.933, de fecha 25 de agosto de 2015<sup>46</sup>, utilizando la alocución *control de convencionalidad*. En este caso la Corte de Apelaciones señala que es menester “atender a las exigencias establecidas por la Constitución chilena y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, singularmente aplicando el control de convencionalidad establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>47</sup>. A esas normas debe someterse todo el cuerpo legal nacional. De entrada, el tribunal subraya el dualismo imperante en el sistema chileno, reconociendo que son normas internas e internacionales las que se aplican, sin preferencia *a priori* de una u otra.

Aborda así la interpretación del derecho a un procedimiento racional y justo, considerando que por “su apertura semántica requiere ser completada por medio de la interpretación y singularmente por aquella ofrecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”<sup>48</sup>. Sostiene, luego, la necesidad de interpretar las normas legales (no se refiere a las constitucionales en esta relación de subordinación) a la luz del derecho internacional vigente, en específico, la CIDH y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>49</sup>.

El tribunal reconociéndose acertadamente a sí mismo como potencial generador de responsabilidad internacional mediante sus actos contrarios al DIP, señala que el

<sup>44</sup> Este trabajo no pretende abordar la experiencia comparada. Sin perjuicio de eso, existen estudios sobre práctica nacional latinoamericana que otorgan una perspectiva de lo que en el ámbito interno ocurre con este control. Ver QUINCE RAMÍREZ (2009); CASILLA, Karlos (2011) p. 612 y s., GARCÍA BELAUNDE (2013) p. 234 y s. y LANDA: file:///D:/articulos/art%20control%20conv/cesar%20landa.pdf, pp. 329 y s.

<sup>45</sup> Diversas aproximaciones ver en NASH (2013); NÚÑEZ DONALD (2015) y especialmente NOGUEIRA (2015).

<sup>46</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 894/2015, de 25 de agosto de 2015.

<sup>47</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 894/2015, de 25 de agosto de 2015, considerando 8.

<sup>48</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 894/2015, de 25 de agosto de 2015, considerando 9.

<sup>49</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 894/2015, de 25 de agosto de 2015, considerando 10.

“sometimiento de los Estados parte y en específico del Estado chileno a las normas de la Convención Americana se ha vuelto más intenso desde que la Corte Interamericana ha comenzado a exigir la aplicación del *control de convencionalidad*”<sup>50</sup>. La derivación que el tribunal hace desde su condición de fuente probable de responsabilidad internacional, en orden a que debe aplicar un *control de convencionalidad* “atendido que es una exigencia de la Corte Interamericana”, parece más bien una intención, loable pero inexacta, del llamado a cumplir sus reales obligaciones. El tribunal olvida, quizás, que su obligación bajo sanción de verse expuesto el Estado a responsabilidad internacional, nacerá toda vez que las obligaciones existan. La Corte de Apelaciones da por probada la existencia del *control de convencionalidad*, recurriendo a una sola fuente doctrinal en la sentencia<sup>51</sup>.

De esto el mencionado tribunal colige el “deber de realizar un control de convencionalidad, esto es, contrastar las disposiciones del Derecho interno con las normas establecidas en la Convención Americana”<sup>52</sup>. Esta aseveración sería contradictoria con la necesidad de analizar las normas del sistema jurídico bajo el parámetro de las normas constitucionales e internacionales, como lo señaló en los considerandos previos y el siguiente: “la interpretación del artículo 387 del Código Procesal Penal debe hacerse en consonancia con los derechos fundamentales establecidos tanto en el ordenamiento constitucional chileno, como en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile”<sup>53</sup>.

Si el tribunal sostiene que debe realizar el *control de convencionalidad* y, por tanto, estableciendo el parámetro en la CIDH, resulta imposible que existan simultáneamente el deber del *control* y la necesidad de respetar las normas fundamentales. Ambos institutos no pueden coexistir, salvo que sea en el marco de un proceso de compatibilidad normativa vía interpretación.

<sup>50</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 894/2015, de 25 de agosto de 2015, considerando 11.

<sup>51</sup> La sentencia cita a IBÁÑEZ (2012), p. 105. No cuestionamos la calidad de dicho estudio, pero hubiese sido esperable más apoyo doctrinal.

<sup>52</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 894/2015, resolución N° 69.933, 25 de agosto de 2015, considerando 11.

<sup>53</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 894/2015, 25 de agosto de 2015, considerandos 12 y considerando 13: “Que una interpretación que mantenga el efectivo disfrute del derecho fundamental estatuido tanto en la Constitución chilena como en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como así también la necesidad de evitar que el Estado de Chile incurra en responsabilidad internacional y que el Poder Judicial infrinja el control de convencionalidad a que se encuentra obligado, conducen a la siguiente inteligencia del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal”.

Sin embargo, si nos viéramos enfrentados a una jurisprudencia consistente de los tribunales superiores de justicia, en orden a aplicar el control mediante mecanismos existentes en el ordenamiento, podríamos sostener que el contenido material de la Convención varió por interpretación auténtica, al menos para Chile. Pero dado lo escaso de actos jurisdiccionales en ese orden<sup>54</sup>, se hace actualmente difícil que, al menos desde la judicatura chilena, haya operado un acto soberano de interpretación auténtica mutativa de la Convención. Y es en este orden de razonamiento, que resulta interesante de analizar la segunda sentencia de un tribunal superior que se refiere a una suerte de control.

En reciente fallo de la Corte Suprema (en adelante, CS), fechado el 10 de enero de 2017, la Corte se pronuncia sobre el recurso de casación impetrado contra sentencia que rechaza la excepción de prescripción en juicio de cobro de impuestos<sup>55</sup>. La CS se ocupa del análisis de la relación entre normas de derecho interno, normas constitucionales y normas internacionales (en el caso la Convención Interamericana, en especial, su artículo 8) referido el plazo de duración del juicio<sup>56</sup>. En su considerando 9º utiliza la alocución “aplicación preferente”, señalando que “en estas circunstancias, el mérito del proceso arroja luces suficientes respecto de la irrazonabilidad del plazo en que se ha resuelto este asunto y, por lo mismo, no aplicar preferentemente las disposiciones de los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 5º inciso 2º y 19 N° 3 inciso 6º de la Constitución Política de la República, constituye un error de derecho en que incurrieron los sentenciadores de alzada, al privilegiar las disposiciones del derecho interno en materia de prescripción”.

Esta sentencia contiene dos elementos relevantes. El primero es la no aplicación solicitada por el recurrente de los mecanismos de interpretación para la Convención señalados en los artículos 19 y 20 del Código Civil chileno. Si bien la CS indica que no los aplicará, no hace suya esta afirmación de la parte que impetra el recurso de casación<sup>57</sup>. En segundo lugar, y lo más relevante, es que acogiendo implícitamente la dualidad del sistema jurídico chileno, hace convivir las normas constitucionales e

<sup>54</sup> Comparar como se señaló con la opinión diversa en este punto de NÚÑEZ DONALD (2015) y especialmente NOGUEIRA (2015).

<sup>55</sup> Sentencia Corte Suprema de Chile, rol N° 15929-2017, 10 de enero de 2017.

<sup>56</sup> Sentencia Corte Suprema de Chile, rol N° 15929-2017, 10 de enero de 2017, considerando 6.

<sup>57</sup> En el considerando primero se consigna: Finalmente, denuncia el quebrantamiento de los artículos 3º, 4º, 13, 19 y 20 del Código Civil, pues si bien las decisiones de esta Corte no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronuncien, ese efecto debe ceder la garantía de igualdad ante la ley, agregando

internacionales sin aplicación de jerarquía entre ellas, echando mano a una alocución jurídicamente algo cercana (pero no igual) de la mencionada en este trabajo: el control de compatibilidad. La CS se refiere a una *aplicación preferente* de la Convención Interamericana, sin entrar a revisar el problema de la jerarquía, considerando, por tanto, ambas normas –la nacional y la internacional– necesitadas de esfuerzos de interpretación amigable para una acertada convivencia y aplicación de una u otra, sin quitar vigencia a aquella que en el caso sea más protectora.

No podemos, sin embargo, dejar de mencionar el voto disidente de los ministros Juica y Dahm, quienes acertadamente reprochan una interpretación de la norma internacional que permita dotarla de contenido. La labor judicial al menos ha avanzado en esa sentencia, al considerar normas de espacios jurídicos diversos en perfecta convivencia, despreocupando, sin embargo, por el momento, una interpretación que, en el caso concreto, sea suficiente para su aplicación en uno u otro sentido. Desaprovechando toda la riqueza normativa existente en las reglas de interpretación codificadas en la Convención de Viena, así como las herramientas desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia.

## CONCLUSIONES

El llamado *control de convencionalidad* es una creación de la Corte Interamericana, que buscando el mayor respeto en la protección y ejercicio de los DDHH contenidos en la Convención, ha dado paso a una figura no sólo inexistente en la letra de la Convención, sino que además no ha sido avalada aún por una interpretación derivada, en su totalidad y para este autor, particularmente en el caso chileno, de la práctica uniforme de los Estados, sin perjuicio de haber referencias a ellas en algunos países<sup>58</sup>. Estudios permanentes, en orden a analizar el devenir de esa práctica, pueden dar luces y elementos para definir una mutación de la Convención Interamericana en orden a reconocer la competencia para el *control de convencionalidad*, cuando esta se produzca. La tesis que aquí se sostiene es que en el caso chileno, al menos, no ha sido aún recepcionado por el Estado.

---

que los artículos 4º y 13 dan preeminencia a normas especiales, en este caso, la Convención Americana de Derechos Humanos, que deben interpretarse conforme con el sentido que obligan los artículos 19 y 20.

<sup>58</sup> Para efectos de un estudio sobre la recepción de este mecanismo, con diversas variantes ver QUINCE RAMÍREZ (2009), pp. 167 y ss.

Mientras ello no ocurra y dadas las normas existentes en el DIP general, vale decir artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, así como la específica del artículo 2 de la Convención Interamericana y las correspondientes a las funciones de la Corte, consideramos que una solución acorde con esos elementos y el recto objetivo de velar por el mayor grado de protección de los DDHH al interior de los Estados parte, viene dada por un *control de compatibilidad* interpretativa entre normas internas y externas. Los conceptos de “texturas abiertas”<sup>59</sup> deben ser interpretados desde el objetivo interpretativo: buscar el sentido en la norma. Sabemos que el proceso interpretativo se lleva adelante por sujetos, y éstos cargan con sus concepciones sociales, culturales, etc. Pero aquellas que deben plasmar en el ejercicio de sus funciones, es la que refleja el *ethos* cultural de la sociedad en la que se insertan.

La labor del intérprete debe reflejar aquellos elementos políticos y jurídicos existentes al momento de aplicar ambas normas: la norma nacional y la norma internacional. Tanto las normas superiores del ordenamiento, indiscutiblemente las constitucionales, en el caso chileno derivado del texto del artículo 5º de la Constitución y junto a las internacionales, reflejan actos, voluntades políticas y jurídicas soberanas del Estado. Y por ende deben, como primer objetivo, sobrevivir y convivir. Este actuar debe guiar al agente nacional cada vez que aplica ambos ordenamientos. Y cada vez que es declarada su responsabilidad internacional debe, establecida la antinomia por el órgano internacional, optar por una de dos posibilidades: armoniza mediante interpretación para el cabal cumplimiento de ambas normas o bien se da inicio los procesos constitucionales internos para solucionar el problema.<sup>60</sup> A lo que no está obligado es a la atribución de superioridad jerárquica del orden internacional si no ha sido éste atribuido en las normas internas.

Justificar y avalar la existencia de dudosas competencias y obligatoriedad de controles normativos inexistentes, puede conducir a lo que el profesor Kahn señalaba: “Tenemos que ser cuidadosos de no confundir el sueño de la razón con un nuevo orden mundial”<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> GUSTINI (1997), pp. 129 y ss.

<sup>60</sup> Esperamos apreciar el desarrollo posterior que tenga la jurisprudencia de la Corte, viéndose ya desde 2013 cierta tendencia a equilibrar, tímidamente, los contornos con que ha creado el control de convencionalidad. Ver CASTILLA (2014).

<sup>61</sup> KAHN (2001).

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACOSTA ALVARADO, Paola (2017): “Zombis vs. Frankenstein: Sobre Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno”, en *Estudios Constitucionales* (Año 14, N° 1), pp. 15-60.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2008): “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: ¿Un instrumento jurídico multifacético?”, en AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *60 años después: Enseñanzas Pasadas y Desafíos Futuros. Conmemoración de los 60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (Santiago de Chile, Librotecnia), pp. 431-490.
- BEDERMAN, David (2010): *International Law Frameworks*, Tercera edición (New York, Thomson Reuters/Foundation Press).
- BOGDANDY, Armin von (2006): “The Telos of international law: Christian Tomuschat’s General Course and the evolution of the universalist tradition”, en A.A.V.V., *Common values in international law Festschrift für Christian Tomuschat* (Germany, N.P. Engel Verlag), pp. 703-721.
- BOYLE, Alan (2010): “Soft Law in international law-making”, en EVANS, Malcolm, *International Law*, (Great Britain, Oxford University Press), pp. 121-140.
- CANCADO TRINDADE, Antônio (2006): “La Contribución de las Organizaciones Internacionales al Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional”, en ABELLO GALVIS, Ricardo, *Derecho Internacional Contemporáneo, Liber Amicorum en homenaje a Germán Cavelier* (Colombia, Ed. Universidad del Rosario), pp.110-138.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos (2014): “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, en *Revista de Derecho de Estado* (Nº 33), pp. 149-172.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos (2011), “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, pp. 593-624.
- FASTENRATH, Ulrich (1991): *Lücken im Völkerrecht - Zu Rechtscharakter, Quellen, Methodenlehre und Funktion des Völkerrechts* (Berlin, Drucker und Humblot).
- FAVRE, Antoine (1960): “L’interpretation objectiviste des traités internationaux”, en *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* (Vol. 17), pp. 75-98.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011a): “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad” en Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, pp. 917- 967.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011b): “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”, en *Estudios Constitucionales* (Año 9, N° 2), pp. 531-622.
- FROWEIN, Jochen (2000): “Die Wiederentdeckung des Menschen im Völkerrecht”, en MÜLLER GRAFF, Peter-Christian, *Rechts und Rechtswissenschaft*. (Heidelberg, C. F. Müller), pp. 65-82.
- FUENTES, Ximena (2014): “La jerarquía y el Efecto Jurídico del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chileno”, en A.A.V.V., *Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, (Santiago de Chile, LegalPublishing - Thomson Reuters - La Ley), pp. 583-618.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo y otro (2013): “El control de convencionalidad en el Perú”, en *Pensamiento Constitucional* N° 18, pp. 223-241.
- GUASTINI, Riccardo (1997): “Problemas de interpretación”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (Nº 7), pp. 121-131.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2014): “La polisemia del control de convencionalidad interno”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* (Vol. 12, N° 24), pp. 113-141.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2010): “Análisis Jurisprudencial de la Aplicación de los Tratados de Derechos Humanos en Recursos de Protección (1989-2010)”, en *Estudios Constitucionales* (Año 8, N° 2), pp. 745-762.
- HITTERS, Juan Carlos (2015): “Control de convencionalidad, adelantos y retrocesos”, en *Estudios Constitucionales* (Año 13, N° 1), pp. 123-162.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana María (2012): “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos* (Nº 8), pp. 103-113.
- KAHN, Paul (2000): “El Derecho Internacional y la Comunidad”, ponencia expuesta en SELA 2000.
- LANDA, César: “La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, [fecha de consulta: 10 de septiembre 2017]. [Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/342/16.pdf>].
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2014): “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, en *Estudios Constitucionales* (Año 12, N° 1), pp. 365-396.
- NASH, Claudio (2013): “Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Dere-

- chos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Año XIX), pp. 489-509.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2003): “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* (Año 9, Nº 1), pp. 403-466.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2015): “Los estándares de derechos humanos y el control de convencionalidad en el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional chileno en su jurisprudencia de 2014”, en *Ius et Praxis* (Año 21, Nº 1), pp. 653-676.
- NÚÑEZ DONALD, Constanza (2015): “Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales”, en *Anuario de Derechos Humanos Nº 11*, pp. 157-169.
- NÚÑEZ, Manuel (2010): “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 2, pp. 431-464.
- OBANDO, Iván (2008): “Anarquía Internacional y Derechos Humanos”, en AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *60 años después: Enseñanzas Pasadas y Desafíos Futuros, Conmemoración de los 60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (Santiago de Chile, Librotecnia), pp. 309-337.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro (2017): “Teoría del control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales* (Año 14, Nº 1), pp. 61-94.
- PAUL DÍAZ, Álvaro (2010): “Protocolo 14: Mejorando la Eficiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 37, Nº 3), pp. 613-615.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando (2009): “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (núm. 12, julio-diciembre 2009), pp. 163-190.
- SAGÜÉS, Néstor (2010): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales* (Año 8, Nº 1), pp. 117-136.
- POBLETE NÚÑEZ, Manuel (2009): “La Función del Derecho Internacional de los Derechos de la Persona en la Argumentación de la Jurisprudencia Constitucional Práctica y Principios Metodológicos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. 32, Nº 1), pp. 487-529.

## NORMAS CITADAS

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).  
Constitución Política de la República de Chile (2005).  
Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945).  
Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009).

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de septiembre de 2006 (Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C Nº 154, párrafo 154.
- Atala Riffó y Niñas vs. Chile* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 2012 (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C Nº 239, párrafo 280.
- Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2010 (Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C Nº 220, párrafo 225.
- Echavarri Borssotto vs. Servicio de Impuestos Internos* (2017): Excma. Corte Suprema de Chile, 10 de enero de 2017 (Sentencia que acoge recurso de casación en el fondo), rol Nº 15929-2017, resolución Nº 30.803.
- Gelman vs. Uruguay* (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2011 (Sentencia de fondo y reparaciones). Serie C Nº 221, párrafo 239.
- Norin Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de mayo de 2014 (Sentencia de fondo, reparaciones y costas). Serie C Nº 279, párrafos 436 y 461.
- Jonathan González García, Acción de Amparo* (2015): Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, 25 de agosto de 2015 (Sentencia que acoge acción de amparo). Causa Nº 894/2015, resolución Nº 69.933.
- López Álvarez vs. Honduras* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de febrero de 2006 (Sentencia de fondo, Reparaciones y Costas). Serie C Nº 141.
- Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2003 (Sentencia de fondo, Reparaciones y Costas), serie C Nº 101.

*“Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”* (2017): Corte Suprema de Justicia de Argentina, 14 de febrero de 2017, autos Nº CSJ 368/1998 (34-M)/CS1.

*Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros vs. Chile* (2015): Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2 de septiembre de 2015. (Sentencia de fondo, reparaciones y costas). Serie C Nº 300, párrafo 113.

*Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

*Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de septiembre de 2005 (Sentencia de fondo, Reparaciones y Costas). Serie C Nº 133.

*Tibi vs. Ecuador* (2004): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C Nº 114.