

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y NUEVA CONSTITUCIÓN: HACIA UNA LECTURA COMPETENCIAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*

Pablo Contreras Vásquez

Presentación

Quisiera partir señalando que me parece excelente que la reflexión sobre una nueva Constitución incluya un espacio especialmente reservado a la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional. Este tema no solo es una de las tendencias recientes dentro del derecho constitucional comparado, sino que también parece venir dictado por la pragmática de las relaciones internacionales contemporáneas.

Por cierto, hablar de nueva Constitución y derecho internacional es demasiado amplio, y no pretendo abordar todas las complejidades que se siguen de la relación entre ambos, ni de las cuestiones que deben modificarse de la Constitución actual. Por tratarse de un tema amplísimo, quisiera referirme a uno de los desarrollos recientes del derecho internacional, específicamente, al derecho internacional de los derechos humanos. Me refiero a la doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) que ha sido denominada como “control de convencionalidad”. Si bien la doctrina en comento no tiene más de ocho años de existencia, la atención que ha despertado en los operadores merece cierta reflexión de cara a la creación de un nuevo texto fundamental.

¿Por qué debemos prestar atención a esta doctrina? Primero, porque la Corte IDH la emplea con frecuencia —desde el año 2006— si bien no siempre con el mismo sentido. En consecuencia, cumplir con los estándares interamericanos de derechos humanos tiene relevancia a la hora de determinar la responsabilidad internacional del Estado. Segundo, porque se relaciona estrechamente con el ejercicio de la función jurisdiccional y, especialmente, con el control de constitucionalidad de leyes y otras normas jurídicas. Por lo tanto, su comprensión y (potencial) incorporación —ya sea a través de las normas o de la aplicación judicial— tiene un impacto en el sistema de fuentes formales que se utilizan para resolver casos concretos. En cierta forma, el denominado control de convencionalidad es la puerta de entrada para la aplicación directa del derecho internacional en litigios nacionales (ciertos tratados internacionales y sentencias de la Corte IDH).

* Agradezco la asistencia bibliográfica de Viviana Villalobos y los comentarios efectuados por Miriam Henríquez, durante la presentación oral de este trabajo en el Seminario. Los defectos subsistentes son de mi exclusiva responsabilidad.

No pretendo agotar la reflexión respecto a esta doctrina. Se trata de una materia que ha acaparado la atención reciente de los iuspublicistas latinoamericanos y ha sido desarrollada en extenso a través de *papers*, monografías y libros colectivos.¹ Además, en el contexto de la reflexión sobre una nueva Constitución, se trata de un tema tributario de otras dos importantes discusiones: el control de constitucionalidad de leyes y el rol de los tribunales y el grado de recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional.

Quisiera enfocarme en la pregunta competencial sobre el control de convencionalidad, esto es, quién tiene la potestad de internalizar el estándar interamericano. En lo que sigue intentaré desarrollar algunas ideas en relación a una nueva Constitución y la articulación de los mandatos impuestos por el control de convencionalidad, en base a modelos de control de constitucionalidad. Estas consideraciones asumen que, primero, es pragmáticamente aconsejable lidiar y regular el control de convencionalidad, con independencia de la posición crítica que tenga uno frente a tal doctrina. Es decir, esta ponencia asume una tesis estratégica frente al control de convencionalidad y la contingencia de una nueva Constitución y plantea posibles arreglos institucionales para hacerse cargo de los problemas de internalización que la doctrina plantea. Estas posibilidades son dependientes, como se verá, de la definición previa del establecimiento (o no) de un sistema de control de constitucionalidad.

No trataré, por tanto, las tesis que cuestionan el control de convencionalidad. Este debate es relevante especialmente a la hora de determinar los alcances de la doctrina. Ximena Fuentes fue una de las pioneras en expresar reparos a esta doctrina.² Por mi parte, en otras fuentes he expresado mi posición normativa crítica sobre el control de convencionalidad.³ A pesar de las tesis críticas, es conveniente, especialmente para el constituyente o el *policy maker*, tener una propuesta para enfrentar internamente los alcances de esta obligación internacional. En otras palabras, ya que las consecuencias institucionales del control de convencionalidad son relevantes, es conveniente abordar los dilemas que presenta respecto del reparto de competencias de los órganos del Estado.

Esta mirada “interna” o “doméstica” es necesaria para avanzar a una mejor conciliación entre el mandato de la Corte IDH y la aplicación de la doctrina por parte de los órganos del Estado. Si bien la Corte ha ido particularizando las exigencias del control de convencionalidad, salvo por ciertos criterios generales,⁴ escasamente ha delimitado la forma de internalización de la doctrina. El trabajo descansa, por tanto,

1 La literatura aparece bien resumida en HENRÍQUEZ (2014) y CONTRERAS (2014).

2 FUENTES (2008). Revítese su tesis actualizada en FUENTES (2014).

3 CONTRERAS (2014)

4 Véase, por ejemplo, Aguado Alfaro y otros v. Perú (2006) y Gelman v. Uruguay (2010)

en los órganos aplicadores del Derecho pero también, y esto es lo que nos convoca, en quienes busquen crear un nuevo orden constitucional en Chile. El trabajo contribuye a responder quién y cómo se ejecuta internamente el control de convencionalidad.

Para poder desarrollar esta lectura competencial del control de convencionalidad, es necesario explicar brevemente las principales características de la doctrina, en la evolución que ha tenido la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta revisión es necesaria porque el control de convencionalidad tiene distintos alcances. En algunos fallos de la Corte, es una doctrina que faculta anular, inaplicar o derogar normas internas incompatibles con las obligaciones internacionales. En otros, el control de convencionalidad solo dictamina un mandato de interpretación de normas, de manera de armonizar las reglas internas con el derecho internacional. Esta distinción preliminar ya impacta en el reparto de competencias de los órganos del Estado.

En este trabajo, en primer lugar se presenta un sencillo esquema que explica las variantes de control de convencionalidad, conforme a la jurisprudencia de la Corte IDH. En segundo lugar, en base a este esquema, se sugieren tres modelos para entender la correcta aplicación interna del control de convencionalidad, desde el punto de vista de las competencias de los órganos internos de los Estados. En este sentido, se distinguen tres hipótesis: control de convencionalidad *fuerte*, *débil* y como *directriz*, con el objeto de precisar cuáles serían las competencias de los órganos del Estado en relación a la aplicación interna de las obligaciones y estándares provenientes del *corpus iuris* interamericano. El primer modelo explica cómo se internaliza el control de convencionalidad en un mundo sin control de constitucionalidad de leyes. El segundo modelo lo analiza desde el control de constitucionalidad difuso. El tercero, es similar al caso actual y articula las competencias en base a un sistema concentrado de control. El trabajo propone que, en el evento de recepcionar constitucionalmente el control *fuerte* de convencionalidad, entonces —de mantenerse el sistema represivo actual de control de constitucionalidad— la competencia para ejercerlo debe radicar en el Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”). Respecto del control *débil*, se puede insertar un mandato general de interpretación conforme a la Constitución, en adición al parámetro de control que define la Corte Interamericana. En este caso, el mandato se aplicaría no solo al TC sino a todos los órganos que ejercen jurisdicción. Respecto del control como *directriz*, se propone que no es conveniente innovar normativamente y sujetar el control de las conductas de los órganos del Estado no jurisdiccionales a las reglas generales de responsabilidad internacional del Estado.

I. Tres tipos de control de convencionalidad

Para simplificar la jurisprudencia de la Corte IDH, ordenaremos sus fallos más relevantes en materia de control de convencionalidad. Este orden permite describir tres tipos de control de convencionalidad: control *fuerte* y control *débil* de normas internas y una tercera versión del control que puede entenderse como *directriz*, en los términos que Atienza y Ruiz Manero han precisado.⁵ Esta distinción se emplea solo para efectos pedagógicos y con el objeto de determinar quién y cómo se internaliza el estándar interamericano obligado por el control de convencionalidad.⁶

1. Control *fuerte* de convencionalidad

El control *fuerte* de convencionalidad importaría la obligación del juez nacional de “desplazar” la aplicación de la norma interna por violar la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la interpretación de ella en las sentencias de la Corte IDH.⁷ La versión *fuerte* del control de convencionalidad surge en el origen mismo de la doctrina: el caso *Almonacid Arellano v. Chile*.⁸ En dicha oportunidad, el Decreto Ley N° 2191 de amnistía se reputó manifiestamente incompatible con la CADH. Por ello, a juicio de la Corte, el juez nacional no podía sino preterir la aplicación de la norma interna para dar vigencia al tratado y asegurar su *effet utile*.

Sin embargo, la Corte fue ambigua: no es claro cuál debe ser el efecto del control *fuerte* de convencionalidad: la inaplicabilidad, la inconvencionalidad o la anticonvencionalidad o, derechamente, la derogación de la norma interna. Estas dudas son compartidas en la literatura.⁹ En cualquier caso, la norma interna es desplazada en el caso concreto por estar en contradicción con lo dispuesto en la CADH y a las interpretaciones de la Corte IDH.

2. Control *débil* de convencionalidad

El control *débil* de convencionalidad, por otra parte, se puede entender como un mandato de interpretación de las normas internas conforme a lo dispuesto en la CADH

5 La distinción entre principios y directrices (*policies*) surge en los trabajos de DWORKIN (1978), pp. 22 y ss. En este trabajo seguiremos las precisiones efectuadas al concepto de directriz en los trabajos de ATIENZA & RUIZ MANERO (1991) y luego ATIENZA & RUIZ MANERO (2000) y (2004).

6 La clasificación aquí sugerida recoge y expande las facetas “destructivas” y “constructivas” del control de convencionalidad que ya propuso SAGÜES (2010), p. 127. De igual forma, recoge parte de las consideraciones del juez ad hoc Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado para el caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México* (2010), cc. 35 y ss. Véase también, FERRER (2010), pp. 151 y ss.; FERRER MAC-GREGOR (2011), pp. 917-67; FERRER MAC-GREGOR (2011), pp. 531-622.

7 Utilizo la expresión “desplazar” o “preterir” en razón de la escasa especificidad de los efectos del control de convencionalidad según la jurisprudencia de la Corte IDH.

8 *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006), § 124.

9 Véase, por todos, SAGÜES (2010), p. 127; SAGÜES (2011), p. 348; ZÚÑIGA (2012), p. 440; HENRÍQUEZ (2012), p. 254.

y la interpretación que de la misma ha efectuado la Corte.¹⁰ Es similar al principio de interpretación conforme a la Constitución.¹¹ La obligación de ejercer el control de convencionalidad adopta la exigencia de una construcción interpretativa plausible que permita armonizar la Convención y los fallos de la Corte IDH, con el ordenamiento jurídico nacional del Estado parte —incluyendo hasta la misma Constitución—. En esta modalidad del control, la norma interna no es necesariamente “desplazada”. En otras palabras, se busca salvar la antinomia entre el orden jurídico nacional y el internacional mediante la interpretación, evitando declarar una inaplicabilidad —o anticonvencionalidad o derogación— de la norma interna.¹²

La Corte ha adoptado una versión *débil* del control de convencionalidad en determinadas sentencias, especialmente en materia de reparaciones y garantías de no repetición de violaciones a los derechos humanos. En *Radilla Pacheco v. México*, sostuvo que la “interpretación [de las normas internas mexicanas] debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8 N° 1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana”.¹³ El caso en cuestión se refería a los límites de la jurisdicción penal militar que, bajo la jurisprudencia de la Corte IDH, excluyen la competencia para juzgar a militares que cometen graves violaciones a los

10 Algunos autores sostiene que el control de convencionalidad, en rigor, solo podría constituirse como un mandato de interpretación de derechos de acuerdo a la Convención y no en sentido “fuerte” como el que aquí hemos descrito. Véase a CASTILLA (2011), p. 603: “En nuestra opinión, esa *especie* se trata de lo que aquí ya hemos señalado como la obligación de observar y aplicar el contenido de la Convención Americana por medio de una *interpretación de derechos y libertades acorde al tratado*, pero nunca un control de convencionalidad como tal, [...] por la sencilla razón de que los jueces nacionales no pueden declarar como *inconvencional* una ley o acto, ya que no les está autorizado, pudiendo hacer siempre y por la obligación que tienen, sólo la interpretación antes señalada.” (Cursivas en el original).

11 Véase, en general, GUASTINI (2003), pp. 56-7; RIBERA (1989), pp. 224-6.

12 En los comentarios formulados en el seminario que origina este texto, Miriam Henríquez me ha señalado que, en rigor, el control de convencionalidad no sería una forma de *control* de normas. En efecto, si se entiende por control de normas la facultad para anularlas (o inaplicarlas, declararlas inconstitucionales, etc.), entonces este tipo de control que denomino “control *débil*” no podría ser considerado una modalidad del control de convencionalidad (y el único control de convencionalidad genuino sería aquel que denomino “control *fuerte* de convencionalidad”). Este razonamiento me parece conceptualmente correcto y, quizás, sería conveniente utilizar otra denominación para el control *débil* de convencionalidad (así como también para el control como *directriz*). Sin embargo, hay dos razones que me persuaden a mantener el nombre de “control *débil* de convencionalidad”. Primero, la Corte IDH y la doctrina han nominado este mandato de interpretación como “control de convencionalidad”. Así lo hizo, por ejemplo, la Corte IDH en *Radilla Pacheco v. México* (2009), § 339-40. Lo mismo sucede con la faz *constructiva* del control de convencionalidad, tal como lo concibe SAGÜES (2010), pp. 130 y ss. La segunda razón se conecta con estudios de Derecho constitucional comparado sobre sistemas de control de convencionalidad en Estados como Inglaterra o Nueva Zelanda. De acuerdo a los trabajos de JACKSON & TUSHNET (2006) y TUSHNET (2008), los mandatos de interpretación conforme a Cartas de Derechos podrían ser catalogados como modelos *débiles* de control de constitucionalidad. Por lo tanto, en este punto existiría simetría entre los sistemas *débiles* de control de constitucionalidad y el control *débil* de convencionalidad.

13 Caso *Radilla Pacheco v. México* (2009) § 338 (énfasis agregado).

derechos humanos.¹⁴ Tal versión *débil* del control de convencionalidad se reitera en el caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México*,¹⁵ cuya materia era, en este punto, sustancialmente similar a *Radilla Pacheco*.

3. Control de convencionalidad como *directriz*

El tercer tipo de control de convencionalidad –como *directriz*– surge de las ampliaciones que la Corte ha hecho respecto de las autoridades nacionales que están obligadas a efectuar el control.¹⁶ Si bien hay cierta discrepancia en la doctrina,¹⁷ la Corte ha ido extendiendo consistentemente la pluralidad de sujetos obligados. En lo que a nosotros nos interesa, debemos revisar la extensión de la obligación del control de convencionalidad a los órganos políticos democráticos. En *Gelman v. Uruguay*, la Corte IDH sostiene que el control de convencionalidad es una tarea “*de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial*”.¹⁸ En tal sentido, la decisión señala que en “*las instancias democráticas [...] también debe primar un ‘control de convencionalidad’*”.¹⁹ La expresión plantea problemas para el paralelo entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad, como mecanismos de declaración de invalidez de normas.

Una forma de comprender lo que dice la Corte en este caso es que toda autoridad pública debe tener en consideración la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH a efectos de ejercer sus potestades. Para eso, es conveniente recurrir a la noción de *directriz*, en los términos expuestos por Atienza y Ruiz Manero. Estos autores señalan que una *directriz* es un enunciado que configura de forma abierta las condiciones de aplicación, pero fija un norte o un modelo de conducta que debe ser alcanzado.²⁰ Cuando la Corte dispone que todos los órganos estatales están obligados a efectuar un control de convencionalidad y, a la vez, que lo hagan conforme a sus procedimientos internos y sus reglas de competencia, no puede pretender que ciertas autoridades –como son

14 *Ibid.*, § 340. Sobre el estándar interamericano de derechos humanos aplicable a la justicia militar, véase CONTRERAS (2011), pp. 209-26.

15 Caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México* (2010), § 233.

16 En su origen, en *Almonacid*, la Corte se refería a los “jueces” en términos genéricos y en relación al “Poder Judicial” en su conjunto. Caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006), *cit.*, nota 66, § 124. Luego, la Corte dispuso que “los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana [...]”. Caso *Vélez Lóor v. Panamá* (2010), § 287. La Corte ratificará esta línea jurisprudencial en el caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México* (2010), al establecer que el control de convencionalidad se debe ejercer por los “*órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles*”. Caso *Cabrera García & Montiel Flores v. México* (2010), § 225.

17 La pregunta por los sujetos habilitados para ejecutar el control de convencionalidad genera discrepancias en la doctrina. Las diferencias se dan porque utilizan distintos conceptos de control de convencionalidad. Esto lo advertimos en CONTRERAS (2014) y ha sido desarrollado en detalle por HENRÍQUEZ (2014).

18 Caso *Gelman v. Uruguay*, (2010) *cit.*, nota 70, § 239.

19 *Ibid.*

20 ATIENZA & RUIZ (2004), pp. 110 y ss.

los órganos políticos— efectúen control de validez de norma o realicen interpretaciones conforme al estándar interamericano. Existen ciertos órganos estatales cuya principal tarea es la de crear o generar nuevas normas internas. En este caso, el mandato de la Corte de efectuar un control de convencionalidad, se ubica casi en el rango de una norma programática. Se trataría de una versión del control de convencionalidad *débil*, que no se limita a la interpretación de normas internas —en sentido técnico, esto es, de atribuir un significado y alcance a un enunciado normativo— sino que se amplía a una pauta interamericana para el ejercicio de las funciones de determinados órganos del Estado. En este sentido, la creación o generación de normas internas —leyes, reglamentos o decretos e, incluso, reformas constitucionales— se sujetaría al control de convencionalidad. Para ello, solo se establece una finalidad normativa a alcanzar.

II. Una lectura competencial para el control de convencionalidad

Esta revisión breve y tipológica de la jurisprudencia sobre el control de convencionalidad permite analizar mejor las alternativas que pueden darse para la implementación interna de la doctrina. En esta propuesta, como ya he advertido, mi principal preocupación es cautelar el debido reparto de competencias que efectúa una Constitución, especialmente en materia de control de constitucionalidad de normas.

Esta discusión se relaciona directamente con otra que versa sobre si queremos tener sistemas judiciales de control de constitucionalidad y por cuál sistema optaríamos. Por cierto, esto es una cuestión de diseño institucional que resuelve las tensiones entre democracia y constitucionalismo, y la internalización del control de convencionalidad, lo cual dependerá de la respuesta que brinde una nueva Constitución. Sin embargo, podemos plantear al menos tres modelos posibles: un sistema jurídico sin control de constitucionalidad, otro con un control difuso y, finalmente, un modelo que contemple un sistema concentrado de control de constitucionalidad (tal como el que existe actualmente en Chile).

1. Control de convencionalidad en un mundo sin control de constitucionalidad

En tiempos de *neoconstitucionalismos*²¹ y *juristocracia*²² puede ser difícil de imaginar, pero una alternativa es que la nueva Constitución carezca de un sistema de control de constitucionalidad de la ley. Si no existiere potestad alguna de control de constitucionalidad, entonces, en mi opinión, se seguirían las posibilidades que detallo a continuación. Primero, la aplicación interna del control de convencionalidad *fuerte* sería inviable —desde el punto de vista competencial— toda vez que no hay órgano

21 Véase, por todos, CARBONELL (2003).

22 HIRSCH (2004).

judicial facultado para inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de una norma interna, conforme al parámetro de control internacional. La única respuesta institucional posible sería que los órganos generadores de normas modifiquen o deroguen la norma que contraviene las obligaciones internacionales. Por lo tanto, el peso de la internalización de estándares recae principalmente en el legislador y la Administración. Segundo, la aplicación interna del control de constitucionalidad *débil* respondería a una lógica difusa, esto es, competencialmente repartida en cualquier tribunal. Por lo tanto, cualquier órgano que ejerce jurisdicción podría efectuar una interpretación de normas internas conforme al parámetro del control de convencionalidad. Para ello, igualmente es aconsejable que se explicité positivamente el mandato de interpretación conforme a la Constitución y que se incorpore el parámetro de control de la doctrina en comento. En conclusión, la gran responsabilidad de compatibilizar el orden interno con las obligaciones interamericanas recaería, principalmente, en los órganos productores de normas y, especialmente, en el legislador. En este caso, operaría aquello que he denominado control de convencionalidad como *directriz*, donde las autoridades nacionales poseen, en principio, un amplio margen de discreción para determinar la forma de cumplimiento de las obligaciones internacionales.²³

Es difícil pensar que esto vaya a suceder. Me parece que, salvo por las críticas al control preventivo de constitucionalidad,²⁴ es probable que se mantenga, al menos, el control concentrado y represivo de la ley. Pese a ello, cabe consignar que este reparto competencial favorece el poder de los órganos democráticos para la ejecución y cumplimiento de las obligaciones internacionales y, a la vez, asume pragmáticamente la responsabilidad de los jueces que deben, en el marco de la institucionalidad, procurar evitar la violación del derecho internacional.²⁵

2. Control de convencionalidad en un mundo con control difuso de constitucionalidad

El segundo modelo es completamente opuesto al anterior. Es el reino del

23 Sobre los aspectos de discreción y control de convencionalidad, véase CONTRERAS (2014b).

24 Por todos, ATRIA (2013).

25 Puede plantearse la duda de si un mundo —o una nueva Constitución— sin control de convencionalidad ya constituiría una violación al mandato de control de convencionalidad o, lo que es lo mismo, que las obligaciones interamericanas exigen implementar sistemas de control de constitucionalidad que, al menos, puedan *preterir* la aplicación de normas internas. Me parece que esto no se sigue de las obligaciones de la CADH y así lo he fundamentado en otra parte, CONTRERAS (2014). Los Estados partes de la CADH tienen un margen de discreción para resolver la tensión Democracia y Constitucionalismo de la forma que estimen conveniente. Ello puede llevar o no al establecimiento de dispositivos institucionales de control de constitucionalidad de normas. Sin embargo, un Estado que no desea adoptar un sistema de control de constitucionalidad no vulneraría *per se* la CADH. La responsabilidad internacional del Estado dependerá de la conducta efectiva de sus órganos nacionales y de la diligencia (o negligencia) en el cumplimiento de las obligaciones de la CADH, incluyendo, por cierto, la modificación o derogación de aquellas normas que vulneran derechos humanos.

control de constitucionalidad y del mundo pensado cuando se dictó *Almonacid Arellano y otros v. Chile* (2006). Es aquel sistema en el que cualquier juez tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de normas. No existe un tribunal o corte especial que concentre dicha competencia. En este modelo, el principal agente internalizador de los estándares interamericanos y de las obligaciones convencionales es el juez ordinario. No solo tiene la competencia de interpretación conforme al parámetro de control interamericano —es decir, el control *débil*— sino también puede declarar la incompatibilidad de la norma interna y desplazarla —es decir, control *fuerte*— con los efectos que el ordenamiento disponga (ya sea una declaración de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad). Los problemas podrían darse desde el punto de vista de la coherencia jurisprudencial, ya que, de no adoptarse una regla de *stare decisis*, se podrían generar internalizaciones de distinto grado e intensidad.

Bajo este modelo, subsiste el control de convencionalidad como *directriz* radicado en los órganos democráticos. Estos siempre tendrán la competencia para ajustar la corrección del ordenamiento nacional a las obligaciones internacionales. Sin embargo, los protagonistas son los jueces —*cualquier* juez— ya que poseen pleno poder para dar garantía de cumplimiento de las obligaciones internacionales.

3. ¿Y qué pasa en un mundo similar al actual? (es decir, con control concentrado de constitucionalidad)

Pese a lo anterior, en los tiempos que corren, es razonable asumir que alguna variante de control de constitucionalidad va a existir en una nueva Constitución. Nuevamente, esto es contingente y dependerá del arreglo institucional que se adopte. Pero permítanme asumir que la nueva Constitución mantendrá, al menos, el control represivo de leyes radicado en el control de constitucionalidad. Si este es el escenario —es decir, un escenario bastante similar al actual— es necesario preguntarse por la mejor forma de internalizar el control de convencionalidad respetando el reparto de competencias que efectúa la Constitución.

Mi opinión, nuevamente, distingue entre los tipos de control. Primero, en el caso del control de convencionalidad *fuerte*, me parece que la única posibilidad es que el órgano competente para aplicar esta variante es el Tribunal Constitucional (conforme al art. 93 N° 6 y 7). Esto es perfectamente compatible con la delimitación que ha hecho la Corte IDH en *Aguado Alfaro y otros v. Perú* (2006). Ningún otro tribunal puede *preferir* la aplicación de un precepto legal sin violar el reparto de competencias actuales y cada Estado puede optar libremente por un modelo concentrado de control, tal como lo ha interpretado la Corte IDH. Sin embargo, en el sistema actual, el TC todavía tiene un problema que resolver: ¿en base a qué norma declara la inaplicabilidad

o inconstitucionalidad de un precepto legal que viola una obligación internacional? Esta pregunta competencial dice relación al uso de las fuentes formales e importa, especialmente, en relación al denominado “parámetro de control”. El TC ha resuelto este dilema mediante una técnica armonizadora, esto es, atendiendo a normas internacionales para dotar de contenido a las normas constitucionales. Esta técnica, sin embargo, sería conveniente de explicitar a través de la creación de una regla constitucional nueva. Lo que hace el TC es interpretar la Constitución auxiliado por el derecho internacional y justifica tal respaldo en el art. 5° de la Constitución. Pero el problema surge cuando emplea instrumentos internacionales que no son tratados internacionales (como las resoluciones generales o declaraciones de principios de órganos internacionales) o las sentencias de tribunales internacionales (como la Corte IDH). Para la Corte IDH, el control de convencionalidad debe emplear un parámetro amplio que ha denominado *corpus juris interamericano*, que incluye no solo la CADH, sino también las sentencias de la Corte IDH y, eventualmente, tratados internacionales que Chile puede o no haber firmado (como la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia).²⁶ Este parámetro es más amplio que lo que establece el art. 5°. Dicho precepto alcanza a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se encuentren en la Constitución y en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile. El problema, por tanto, se mantiene cuando el TC justifica la inaplicabilidad o inconstitucionalidad en base a fuentes que no se pueden reconducir al parámetro del art. 5°, ya que, técnicamente, estaría obrando fuera de su competencia. Si se quiere resolver este aspecto, es conveniente incorporar una norma que explicita que el control de constitucionalidad de las normas puede emplear el parámetro de control de convencionalidad que ha fijado la Corte IDH.

Segundo, en el caso del control de convencionalidad *débil*, la respuesta competencial es mixta. Tanto el TC como los tribunales ordinarios pueden emplear el parámetro de control para efectuar una interpretación de normas internas conforme a las obligaciones internacionales. En este caso se busca, por un lado, evitar la eventual responsabilidad del Estado y, por el otro, respetar la competencia de tribunales ordinarios y del TC. Por tanto, no hay necesidad de nuevas normas al respecto.²⁷ Pese a lo recientemente dicho, debe advertirse que, tal como en el caso anterior, subsisten los problemas respecto del alcance de las competencias de estos tribunales para aplicar fuentes internacionales que van más allá de los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

26 Convención Americana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia A-69, del año 2013.

27 Lo anterior es sin perjuicio de las dificultades que se siguen en relación a los mandatos de interpretación conforme a la Constitución y los problemas que presentan para sistemas concentrados de control de constitucionalidad.

Tercero, en el caso del control de convencionalidad como *directriz* la actual regla del art. 5°, en relación con el art. 2° de la CADH, es completamente suficiente. Todos los órganos del Estado²⁸ deben respetar y promover los derechos humanos, en el marco de sus competencias. Por ello, en la creación, modificación o supresión de normas internas deberán considerarse las obligaciones internacionales del Estado, a efectos de escoger una alternativa compatible con estas. En esta labor, los órganos internos poseen, en principio, un alto grado de discrecionalidad²⁹ y su conducta sería, eventualmente, revisada por tribunales internacionales (como es el caso del procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH). En este caso, dependerá de los órganos políticos la determinación de la mejor forma de cumplimiento de las obligaciones internacionales y de la forma de compatibilizar distintos valores o bienes en juego. Tal es la obligación de promoción de los derechos humanos contenida en el actual art. 5°. Por tanto, para una nueva Constitución no sería necesario contar con una nueva norma que apunte a este nivel de aplicación del control de convencionalidad.

Algunas conclusiones

Una nueva Constitución debe atender a los desarrollos del derecho internacional porque la definición institucional de reglas de competencia puede minimizar las posibilidades de incumplimiento de obligaciones internacionales y, eventualmente, de responsabilidad del Estado. Dentro de estos desarrollos, destaca el control de convencionalidad. Sin embargo, la forma de articular las competencias de los órganos nacionales en relación a esta doctrina requiere diferenciar los distintos tipos de control de convencionalidad. Aquí he utilizado una distinción entre control de convencionalidad *fuerte*, *débil* y como *directriz*.

En base a esta distinción, es posible articular las competencias de los órganos internos dependiendo de la existencia de un sistema interno de control de constitucionalidad. En un mundo sin control de constitucionalidad, no es procedente la aplicación del control *fuerte* de convencionalidad y los tribunales solo podrían ejecutar un control *débil*. El peso del cumplimiento de las obligaciones internacionales quedaría radicado en los órganos productores de normas —a través del control como *directriz*—. En la otra propuesta —aquella de sistemas difusos de control— cualquier juez puede ejercer tanto el control *fuerte* como el *débil*. La judicatura se convierte en protagonista de la internalización de los estándares interamericanos. En un mundo similar al nuestro,

28 En este caso, aquellos que no ejercen jurisdicción. De lo contrario, estarían dentro de las hipótesis de control *fuerte* o *débil* de convencionalidad.

29 La discrecionalidad interna, sin embargo, dependerá de los estándares de deferencia internacional y de los grados de concretización de las obligaciones internacionales. Sobre esto, véase CONTRERAS (2012) y (2014b).

es decir, con control concentrado de constitucionalidad, el TC podría ejercer el control *fuerte* de convencionalidad, pero existen problemas respecto a la regla competencial que permite emplear el derecho internacional, toda vez que el art. 5° no alcanza a algunas fuentes que son parte del *corpus juris interamericano*. El control *débil* caería bajo la competencia tanto del TC como de los tribunales ordinarios —aunque se sugiere la explicitación de una regla de mandato de interpretación conforme al parámetro constitucional y convencional—. Finalmente, el control de convencionalidad como *directriz* puede ser ejercido por los órganos productores de normas sin mayores dificultades, en cumplimiento con el mandato de promoción de los derechos humanos que establece el art. 5° de la Constitución.

Bibliografía

AGUILAR, Gonzalo (2012): “El Control de Convencionalidad y el Rol del Juez Nacional Como Juez de los Derechos Humanos”, Humberto Nogueira (Coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago.

ATIENZA, Manuel & RUIZ MANERO, Juan (1991): “Sobre Principios y Reglas”, *Doxa*, Vol. 10.

_____ (2000): *Ilícitos Atípicos*, Trotta, Madrid.

_____ (2004): *Las Piezas del Derecho. Teoría de los Enunciados Jurídicos*, Ariel, Barcelona.

CARBONELL, Miguel (2003): *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.

CASTILLA, Karlos (2011): “El Control de Convencionalidad: Un Nuevo Debate en México a partir de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI.

CASTILLO, Luis (2012): “La Relación entre los ámbitos Normativos Internacional y Nacional sobre Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2.

CONTRERAS, Pablo (2011): “Independencia e Imparcialidad en Sistemas de Justicia Militar: Estándares Internacionales Comparados”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2.

_____ (2012): “National Discretion and International Deference in the Restriction of Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-

American Court of Human Rights”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 11, N° 1.

_____ (2014): “Análisis Crítico del Control de Convencionalidad”, Manuel Núñez (Ed.), *La Internacionalización del Derecho Público*, Thomson Reuters, Santiago (en prensa).

_____ (2014b): “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*, Vol. 20, N° 2 (en edición).

DWORKIN, Ronald (1978): *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2010): “El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional”, Héctor Fix-Zamudio & Diego Valadés (Coords.), *Formación y Perspectivas del Estado en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

_____ (2011): “Reflexiones sobre el Control Difuso de Convencionalidad. A la Luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XLIV, N° 131.

_____ (2011): “Interpretación Conforme y Control difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2.

FUENTES, Ximena (2008): “International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, Vol. 77, N° 2.

_____ (2014): “La Jerarquía y el Efecto Directo del Derecho Internacional en el Sistema Jurídico Chileno”, *Una Vida en la Universidad de Chile. Homenaje a Antonio Bascuñán Valdés*, Thomson Reuters, Santiago.

GUASTINI, Riccardo (2003): “La ‘Constitucionalización’ del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, Miguel Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.

HIRSCHL, Ran (2004): *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge.

HENRÍQUEZ, Miriam (2012): “Análisis de la Jurisprudencia Recaída en Recursos de Protección y el Control de Convencionalidad (1989-2011)”, Humberto Nogueira (Coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago.

_____ (2014): “La Polisemia del Control de Convencionalidad Interno”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 24.

JACKSON, Vicki & Mark TUSHNET (2006): *Comparative Constitutional Law*, Nueva York, Foundation Press, New York.

NASH, Claudio (2012): “El Control de Convencionalidad. Precisiones Conceptuales y Desafíos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Humberto Nogueira (Coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago.

RIBERA, Teodoro (1989): “El Tribunal Constitucional y su Aporte al Desarrollo del Derecho. Aspectos Relevantes de sus Primeros 59 Fallos”, *Estudios Públicos*, N° 34.

SAGÜÉS, Néstor (2010): “Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, Universidad de Talca, Talca

_____ (2011): “El ‘Control de Convencionalidad’ en el Sistema Interamericano, y sus Anticipos en el Ámbito de los Derechos Económicos-Sociales. Concordancias y Diferencias con el Sistema Europeo”, Armin Von Bogdandy *et al.* (Coord.), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Max Plank Institut, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F.

TUSHNET, Mark (2008): *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, New Jersey.

ZÚÑIGA, Francisco (2012): “Control de Convencionalidad y Tribunales Nacionales. Una Aproximación Crítica”, Humberto Nogueira (Coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Almonacid Arellano y otros v. Chile (2006), de fecha, 26 de septiembre de 2006.

Aguado Alfaro y otros v. Perú (2006), de fecha 24 de noviembre de 2006.

Radilla Pacheco v. México (2009), de fecha 23 de noviembre de 2009.

García & Montiel Flores v. México (2010), de fecha 26 de noviembre de 2010.

Gelman v. Uruguay (2010), de fecha 24 de febrero de 2010.

Vélez Loor v. Panamá (2010), de fecha 23 de noviembre de 2010.