Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente del derecho nacional. Cuestionamientos necesarios a propósito de la aplicación del control de convencionalidad

Recibido: 15 de marzo de 2021 • Aprobado: 30 de junio de 2021
https://doi.org/10.22395/ojum.v21n44a17

Ricardo Vargas Morales
Universidad Santo Tomás Talca, Talca, Chile
ricardovargasmoralex@gmail.com
https://orcid.org/0000-0001-8487-0991

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto efectuar un estudio comparativo entre la jurisprudencia y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuentes de derecho material, así como efectuar una revisión de los sistemas propuestos por la Corte Interamericana para la aplicación e incorporación de las sentencias de la Corte como fuente de derecho material, obligatoria, vinculante y con efecto *erga omnes* en los estados parte sometidos a su competencia. De esta forma, planteamos una serie de cuestionamientos que nos surgen como consecuencia de una eventual implementación del control de convencionalidad en el actual escenario jurídico nacional, donde vislumbramos la pertinencia de una pronta implantación de un sistema procedimental justificable por razones de juridicidad y legitimidad que permitan la viabilidad del aludido control de convencionalidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

P*alabras clave*: sentencia Corte IDH; fuentes de derecho; control convencionalidad; efecto vinculante.

The Inter American Court of Human Rights Judgements as a Source for National Law. Necessary Questionings Regarding the Application of Conventionality Control

ABSTRACT

The purpose of this article is to carry out a comparative study between the jurisprudence and the judgments of the Inter-American Court of Human Rights as sources of material law, as well as carrying out a review of the systems proposed by the Inter-American Court for the application and incorporation of the judgments of the Court as a source of material law: mandatory, binding and with erga omnes effect in the states parties subject to its jurisdiction. In this way, we raise a series of questions that arise as a consequence of an eventual implementation of conventionality control in the current national legal scenario, where we envision the relevance of a prompt implementation of a justifiable procedural system for reasons of jurisdiction and legitimacy that allow the viability of the aforementioned control of conventionality within our legal system.

Keywords: Inter-American Court ruling; sources of law; conventionality control; binding effect.

As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos como fonte do direito nacional. Questionamentos necessários a propósito da aplicação do controle de convencionalidade

RESUMO

O objetivo deste artigo é realizar um estudo comparativo entre a jurisprudência e as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como fontes de direito material, como: proceder a uma revisão dos sistemas propostos pela Corte Interamericana para a aplicação e incorporação das sentenças da Corte como fonte de direito material, obrigatória, vinculante e com efeito erga omnes nos Estados partes sob sua jurisdição. Desse modo, levantamos uma série de questionamentos que surgem em decorrência de uma eventual implementação do controle de convencionalidade no atual cenário jurídico nacional, onde vislumbramos a relevância de uma pronta implementação de um sistema processual justificável por razões de jurisdição e legitimidade que permitir a viabilização do referido controle de convencionalidade dentro de nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: decisão da CIDH; fontes de direito; controle de convencionalidade; efeito vinculante.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo es producto del claustro doctoral realizado en la Universidad de Talca, específicamente en el módulo del Dr. Gonzalo Aguilar C, intitulado N*uevos enfoques de los derechos fundamentales*. Este tiene por objeto efectuar un estudio comparativo de la jurisprudencia nacional con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como fuentes de derecho, así como señalar las principales diferencias que existen al respecto.

Posteriormente, analizaremos el mecanismo procesal que permite la introducción de la sentencias de la Corte IDH como una fuente formal de derecho interno, denominado control de convencionalidad. Apuntaremos que dicho sistema de aplicación e integración normativa es propuesto por la Corte IDH para la invocación y aplicación de sus precedentes jurisprudenciales como fuente de derecho del ordenamiento jurídico interno con supraconstitucional y fuerza vinculante. Es por ello que la propia Corte IDH ha desarrollado una doctrina que sustenta su aplicación y que será objeto de nuestro estudio. Junto a lo anterior revisaremos brevemente algunos puntos críticos que actualmente existen en relación al control de convencionalidad.

Finalmente, se abordarán, desde una perspectiva procesal interna, los problemas que podría suscitar una eventual aplicación del control de convencionalidad en nuestro país si se considera el estado actual de desarrollo en que se encuentra nuestro ordenamiento jurídico al respecto.

1. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO FUENTE DE DERECHO

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos comparte algunas características comunes con la sentencia de un tribunal nacional en tanto fuente de derecho. Ambas figuras son categorizadas en la jurisprudencia como fuentes del derecho, las que a su vez son reconocidas como fuentes formales y materiales del derecho[1]

Tanto las sentencias nacionales como las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden ser conceptuadas dentro de una de las acepciones de jurisprudencia, particularmente con aquella definida por Squella (1999) de la siguiente forma:

> Conjunto de fallos o decisiones de un tribunal de justicia cualquiera, que han sido dictados sobre una similar materia o asunto, sobre la base de aplicar un mismo criterio acerca del derecho concerniente a esa materia y al modo como debe interpretárselo. (p. 263)

El caso de la sentencia Corte IDH no es excepción, dada la prolífica, continua e ininterrumpida labor que la Corte IDH ejecuta al respecto. Esta labor le ha permitido

[1] No parece discutirse la potencialidad de la sentencia Corte IDH como fuente material del derecho, pues suscita aceptación generalizada en la doctrina nacional.

la construcción de un corpus jurisprudencial sobre varias materias, con lo que se han creado criterios internacionales acerca del derecho sometido a su conocimiento. Este aspecto queda comprendido en la definición recién aludida. En general, sus sentencias y las concepciones que emanan de ellas tienden a adoptar un criterio uniforme y a mantener una cierta ilación y coherencia conceptual progresiva y evolutiva en el tiempo. Con todo, según Carmona Tinoco (2009), "[e]sta permite satisfacer en cierto grado las necesidades de seguridad jurídica, igualdad en la aplicación del derecho y la mayor uniformidad posible de las decisiones judiciales ante casos similares" (p. 251).

Como fuente material de derecho, a la jurisprudencia se le atribuye un cierto carácter normativo, en cuanto crea normas jurídicas individuales[2]. Ello corresponde a una de las acepciones de "jurisprudencia", cuando fruto de la labor intelectual del juez o de órganos jurisdiccionales colegiados (según el caso) produce —en la dictación de sentencia— normas jurídicas particulares, concretas y singulares con las que ponen término a las controversias y demás gestiones que ante ellos se promueven.

En este orden de ideas, Agustín Squella (1999) nos señala:

> Lo anterior significa que los jueces, llamados a aplicar el derecho previamente establecido por el legislador, producen derecho por medio de las sentencias que dictan, esto es, *aplican* las normas abstractas y generales de la legislación y de la costumbre jurídica, pero, a la vez, *producen* las normas concretas y singulares que vienen a resolver los asuntos sometidos a su competencia. (p. 267)

La sentencia Corte IDH comparte también esta característica con las sentencias nacionales, en tanto, al aplicar el derecho, crea normas jurídicas particulares aplicables a sus litigantes destinarios. No obstante, el carácter internacional del órgano jurisdiccional agrega una magnitud distinta. Se parte de una base doctrinaria inicial que propugna que

> la función tradicional de los tribunales internacionales: no es crear normas, sino aplicar las reglas existentes en caso de disputas; los jueces no pueden generar derecho a través la interpretación de los instrumentos que deben utilizar. Asimismo, no hay una doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) en derecho internacional y las sentencias no son [consideradas] una fuente principal de derecho. (Vogelfanger, 2015, p. 251)

En relación con sus efectos como fuente de derecho, la jurisprudencia nacional tiene un valor relativo que afecta sólo a las partes del juicio en que esta se ha pronunciado (Código civil de Chile, 1857, artículo 3, inciso 2). La doctrina nacional sostiene que dicha norma ratifica que la jurisprudencia sea considerada una fuente formal del derecho, en tanto crea una norma jurídica particular aplicable al caso concreto (Squella, 1999, p. 269).

[2] En su acepción de normas jurídicas individuales emanadas de las sentencias pronunciadas por los tribunales de justicia, constituye una fuente formal del derecho.

Del razonamiento anterior podría deducirse que la jurisprudencia nacional es una fuente formal del derecho interno con una valoración jurídica específica. Asimismo, es dable y razonable suponer que la jurisprudencia de la Corte IDH también lo es. Sin embargo, aquello no es así y en este punto surgen las principales diferencias entre ambas fuentes de derecho.

Esto se debe a que la Corte IDH, mediante sus sentencias, ha ido desarrollando una autoconcepción propia del grado de obligatoriedad de sus resoluciones judiciales, así como a través de su interpretación de la CADH en su rol de intérprete de la convención[3-4]. De esta manera dotó, mediante un criterio evolutivo, de un efecto *erga omnes* a sus sentencias (Nogueira, 2012), propugnó su integración y aplicación en el derecho interno con carácter vinculante para los agentes estatales y la incorporó al ordenamiento interno a través de un sistema de control de convencionalidad.

Tal sistema de control supone la aplicación o utilización de sentencias Corte IDH como fuente de derecho, lo cual desarrollaremos y estudiaremos con mayor precisión más delante. En breves palabras, el control impone a los jueces nacionales la obligación internacional de ejecutar un control de convencionalidad, que la Corte IDH define y que afirma exigir, pero al mismo tiempo se abstiene de imponer un determinado sistema o modelo de control a los Estados parte (Nash, 2013, pp.489-507). Este criterio valorativo contrasta con lo propuesto por autores internacionalistas, quienes comúnmente atribuyen a las sentencias de tribunales internacionales un valor meramente auxiliar y consultivo (Fuenzalida, 2015, p. 172)[5].

En cuanto a sus características, seguimos a Carmona Tinoco (2009), quien aduce:

> Desde el punto de vista cuantitativo los criterios jurisprudenciales interamericanos forman un extenso catálogo en aspectos genéricos y específicos de carácter sustantivo, que puede ser invocado en el ámbito internacional, pero sobre todo en el ámbito interno ante los órganos de jurisdicción doméstica de tipo administrativo o judicial en la solución de casos. (pp. 264-265)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha manifestado en muchos temas, "tanto sustantivos con relación a los estándares mínimos de los derechos, su sentido y alcance, y el correspondiente deber de los Estados con respecto

[3] El desarrollo evolutivo de tal concepción se expone en los casos: Barrios Altos vs. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001); Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Sentencia de 26 de septiembre de 2006); La Cantuta vs. Perú (Sentencia de 29 de noviembre de 2006); De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, (Sentencia de 24 de noviembre de 2009); Gelman vs. Uruguay (Sentencia de 24 de febrero de 2011).

[4] Desde el principio de su actividad jurisdiccional la Corte IDH ha comprendido que es competente para interpretar y aplicar la CADH en todos los casos que le son sometidos a su conocimiento. Es lo que se desprende del art. 62 (1) y (3) del referido tratado (Hitters, 2009, p. 125).

[5] Tal tensión es una manifestación de los problemas que suscita la obligatoriedad del derecho internacional en el derecho interno.

a éstos, así como también se han ocupado de aspectos de tipo adjetivo"[6] (Carmona Tinoco, 2009, p. 264).

Asimismo, la misma Comisión Interamericana ha señalado:

> Desde el punto de vista cualitativo, los precedentes internacionales son un modelo a seguir como decisiones que cumplen con criterios modernos de razonabilidad, tanto por el cumplimiento de su lógica interna como de la justificación que las sustenta. Asimismo, son en muchos casos muestra de claridad, congruencia y coherencia argumentativa, de la que en ocasiones carecen las decisiones de los órganos internos. (Carmona Tinoco, 2009, p. 265)

Respecto a los requisitos formales que la sentencia Corte IDH debe cumplir para ser reconocido como tal e incluso ser vinculante, algunos estados —como México— exigen que para que la sentencia Corte IDH sea obligatoria, "tiene que contar con requisitos de reiteración, votación u otros específicos" (Carmona Tinoco, 2009, p. 262).

Sin embargo, la expansión del carácter obligatorio tiende a derribar requisitos de obligatoriedad propugnados por la doctrina, pues

> cada caso va abonando criterios a la práctica y se convierte en una pauta a seguir, que con la suma de su reiteración va reafirmando su autoridad. [...] [Para la CIDH], no hay exigencias formales en cuanto al número, la votación o el sentido de la decisión para que la misma sea considerada como un precedente internacional susceptible de invocarse. En el sistema interamericano los criterios son por lo regular encontrados en la parte considerativa o de justificación de las sentencias de la Corte IDH (sobre excepciones, de fondo, de reparaciones o de interpretación de la sentencia de fondo); no necesariamente los criterios se hallan en las decisiones favorables a los peticionarios, sino también en las que no lo fueron, o en las que se desestimó la procedencia de un determinado asunto [...] [inclusive el voto de disconformidad puede ser considerado como tal]. (Carmona Tinoco, 2009, pp. 262-263)

Respecto a la utilidad de la jurisprudencia de la Corte IDH, es del todo evidente en las siguientes labores: i) interpretativa, ii) integradora y iii) complementaria. De esta forma, se salvan las posibles contradicciones que pudieran presentarse como obstáculos a la eficacia de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. Además, sirven de referentes necesarios "para calificar con mayor precisión la conformidad de los Estados a los estándares a que se han comprometido" (Carmona Tinoco, 2009, p. 265) en tratados internacionales, suscritos por Chile y que se encuentren vigentes (Aguilar, 2019, p.60). En el ámbito interno, permite al Estado contar con un catálogo cada vez más afinado de la jurisprudencia internacional, así como invocarlo con mayor facilidad ante las instancias estatales con el fin de que

[6] Tal amplitud de temáticas conocidas por la CIDH va desde crímenes de lesa humanidad, el terrorismo, la fecundación in vitro, el aborto, la omisión de investigación penal, la amnistía, la problemática indígena, el daño ambiental, el daño cultural, la censura cinematográfica, la ideología de género, las formas discriminación racial, sexual, etc.

estas ajusten su actuación a dichas pautas y estén a la par de los instrumentos internacionales. La recepción que se dé a la sentencia Corte IDH en el ámbito doméstico contribuye o afecta a la viabilidad de los sistemas supranacionales de supervisión, cuyos órganos se ven limitados desde el punto de vista material y presupuestal.

Observaremos de aquí en adelante que las posiciones divergentes sobre la materia no pasan tanto por el reconocimiento o aceptación de la sentencia Corte IDH como por una fuente del derecho interno o su potencialidad de ser tal; en ello existe más bien consenso. Las diferencias comienzan a producirse a la hora de asignar un valor jurídico determinado a las decisiones judiciales de la Corte IDH y los problemas que produce su aplicación por parte de judicaturas nacionales.

2. INTRODUCCIÓN DE LAS SENTENCIAS CIDH COMO PRECEDENTES EN LA DECISIÓN JUDICIAL MEDIANTE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La invocación de sentencias Corte IDH, por parte de organismos jurisdiccionales nacionales, se produce dentro de un proceso de convergencia que permite un diálogo jurisprudencial a la luz de las experiencias nacionales. Esta influye en generar una articulación uniforme y nuevos estándares en materia de protección de los derechos humanos.

Examinaremos la forma de invocación de la sentencia Corte IDH, por parte del órgano jurisdiccional interno, mediante un sistema propuesto por la Corte IDH a los Estados parte. Advertiremos que no desarrollaremos cuestión alguna sobre el control de convencionalidad externo, que es aquel efectuado por la Corte IDH como órgano jurisdiccional internacional, ni tampoco sobre el control de constitucionalidad.

3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Respecto a la posibilidad de la aplicación de las sentencias Corte IDH como fuente de derecho interno y base de fundamento de la decisión judicial. La propia Corte IDH ha desarrollado su propia y particular postura al respecto. Propugna su invocación mediante un sistema obligatorio de revisión exegético-hermenéutico-normativo, denominado sistema de "control de convencionalidad" (Nash, 2013, p. 490). Así, Néstor Sagüés (2010) sostiene que este control es la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno y su objeto es la supresión de normas locales contrarias a la CADH (p. 118)

Nash (2013) definió este control de la siguiente manera:

> la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia. (p. 494)[7]

[7] Hay otras definiciones de Juan María Ibáñez, Víctor Bazán, Francisco Zúñiga que aparecen recogidas en Philp y Rivas (2016, pp. 24-26).

El control de convencionalidad está íntimamente ligado a la sentencia de la Corte IDH como fuente de derecho interno, en tanto a través de este sistema de aplicación de precedentes jurisdiccionales, la fuente en cuestión será aplicada; el control es el medio permite la utilización de la jurisprudencia Corte IDH como fuente de derecho[8].

La Corte IDH ha ido extendiendo paulatinamente y con mayor virulencia los efectos, alcances y la extensión del control de convencionalidad, ya que debemos recordar que dicho mecanismo no se encuentra regulado en la Convención Americana (García, 2011, pp. 144-145; Castilla, 2013, p. 53; Silva, 2018, p. 717). Del estudio de la evolución de la Corte IDH sobre la materia, efectuado por el profesor Claudio Nash[9], puede desprenderse que el papel del Estado parte en relación con el control tiene que ver con: i) el poder judicial se encuentra en la necesidad de acatar y dar cumplimiento a la normativa internacional que ya es parte del sistema normativo interno, es decir, no estamos en presencia de una mera facultad o prerrogativa de dicho poder del Estado; ii) estamos en presencia de "un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional" (Nash, 2013, p. 496); iii) toda aquella norma que contradiga a la Convención carecerá de todo efecto dentro del ordenamiento interno, "toda vez que dichas normas incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado" (Nash, 2013, p. 496); por tanto, debe ser excluida su aplicación; iv) siempre el juez debe recurrir a la jurisprudencia de la Corte IDH para llevar a cabo buenamente este ejercicio interpretativo; v) el control de convencionalidad debe operar de oficio por la magistratura interna, en conformidad de sus competencia (Nash, 2013, pp. 495-499); y vi) que a raíz del avance del mentado control convencionalidad, se hace imperioso entender que dicho control "compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice las funciones jurisdiccionales" (Nash, 2013, p. 497), lo que también se hace extensivo a cualquier autoridad pública.

El objetivo principal del control es el contraste o comparación de la norma jurídica nacional con la CADH o el precedente Corte IDH por parte del agente estatal. Con ello, se puede determinar conformidad o inconformidad de la norma con el estándar internacional, y proceder a la exclusión de la norma[10] en el evento de que no sea conforme a la convención (Paúl, 2019, p. 78). La obligatoriedad y generalidad del control propugnado por la Corte IDH supone en la práctica la alteración del sistema de fuentes del derecho interno y la instauración de una supremacía convencional o

[8] Sin este sistema de control de convencionalidad, la invocación de sentencias Corte IDH por parte de los tribunales internacionales solo mantendría un carácter meramente consultivo y auxiliar en la decisión del caso concreto, y en caso alguno podría ser invocado directamente como fuente formal de derecho.

[9] Véase también a Hitters (2009, p. 113).

[10] La expresión "exclusión de la norma o exclusión" es utilizada en el presente trabajo para denotar la preferencia de la norma con estándar internacional por sobre la norma interna, siempre y cuando la norma domestica no sea conforme con los derechos y garantías fundamentales consagrados por la CPR, las normas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.

supraconstitucionalidad, toda vez que en caso de existir alguna discrepancia entre la norma nacional, la CPR, la CADH y la jurisprudencia del Corte IDH se debe preferir a la Convención y la jurisprudencia de este tribunal.

El profesor Néstor Sagüés (2010) sostiene:

> Se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José de Costa Rica se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de supraconstitucionalidad. [...] Desde luego, esta afirmación no es fácil de digerir por Estados para los cuales los tratados internacionales son leyes comunes, o aquellos otros en los que en el mejor de los casos, resultan superiores a las leyes ordinarias, pero siempre inferiores a la Constitución. (pp. 124-125)

Ello implica la alteración de la jerarquía normativa interna. Así, se ubican preferentemente las sentencias Corte IDH y las opiniones consultivas de la CIDH como fuente de derecho interno de los países que han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la carta fundamental y las normas de la jerarquía normativa nacional[11].

Se asume además que la exclusión se produce al considerar que

> las normas de derecho interno resultan insuficientes para la protección de los derechos fundamentales, siendo evidente la superioridad de la jurisprudencia internacional (y de los tratados internacionales) que incluso pueden dejar sin efecto disposiciones del derecho interno con efectos *erga omnes* al ser incompatibles *prima facie* con los parámetros de protección mínima de derechos humanos recogidos [por la CADH] y el Pacto de San José. (Quiroga, 2005, p. 265)

En relación con la aplicación y a la validez del control de convencionalidad, referiremos que, desde el punto de vista de la Corte IDH, no existe controversia alguna en relación al deber de los estados parte de realizar el control de convencionalidad. Para la Corte IDH su realización es imperativa y prima por sobre otros controles internos. Para la Corte IDH tal obligación emana del hecho que los estados partes han aceptado voluntariamente someterse a la competencia de la Corte IDH mediante la ratificación de tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico nacional por medio de un proceso racional, voluntario y regulado en por el derecho interno de cada país

En este sentido, en el caso Gelman vs. Uruguay, la Corte IDH (2013), en el considerando 88, dispone:

> En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha

[11] Cuestión totalmente discutida por el profesor Silva, quien formula que no obstante la opinión de gran parte de la doctrina, la Corte IDH sigue siendo un tribunal internacional y bajo dicho supuesto estamos en un periodo bastante lejano (máxime por la escaza tasa de cumplimiento de sus sentencias) de acercarnos a un tribunal continental (Silva, 2018, pp. 733-734).

> ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria. (p. 25)

Respecto del fundamento jurídico para efectuar el control de convencionalidad, Philp y Rivas (2016) arguyen que

> este reside en la suscripción de la CADH por parte del Estado de Chile, quien se obligó a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella a todas las personas sin discriminación alguna, y en la suscripción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que recogió el principio de derecho internacional denominado *pacta sunt servanda*, el cual obliga a los Estados a respetar lo pactado. Por ningún motivo un Estado podrá invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento del Tratados Internacionales. (p. 162)

Como hemos visto, pueden desprenderse algunos elementos característicos del control: i) es obligatorio; el control de convencionalidad es una obligación jurídica internacional asumida por el estado e impone al juez el deber ejercer el control de convencionalidad y de ello se derivan diversas implicaciones; ii) es oficial; dado que debe ejecutarse de oficio por los agentes estatales, aún sin petición de parte; iii) es estatal, pues corresponde ejercer el control de convencionalidad a autoridades del Estado en su conjunto, particularmente al poder judicial, a objeto de velar por la utilidad de la CADH; iv) es inexcusable; cualquiera sea el sistema de control constitucional y el marco normativo de atribuciones y competencias nacionales conferido a los jueces unipersonales o colegiados, el control debe realizarse. El Estado "no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales" (Philp y Rivas, 2016, p. 162).

Respecto a su contenido, el control de convencionalidad se realiza sobre la base de un material controlante internacional y un material controlante nacional o interno. En ambos casos el contraste dice relación la o las fuentes de derecho que serán objeto del contraste y la prevalencia de una sobre las otras.

El contraste debe efectuarse con las normas de la convención como material controlante internacional y no con las disposiciones constitucionales nacionales, dado que el control es de convencionalidad y no de constitucionalidad de la norma. Para satisfacer los estándares normativos exigidos por Corte IDH la conformidad de la norma nacional con la CPR nacional resulta insuficiente. El examen se efectúa contrastando el bloque normativo de la CADH y la jurisprudencia Corte IDH como precedente. Siguiendo a Hitters (2009), la jurisdicción interna no se debe limitar a evaluar si la norma local es constitucional o no, sino que el juez también debe decidir si la ley nacional, esgrimida en las sentencias locales, viola o no la convención (p. 112).

Ahora bien, este material controlante internacional debe ser contrastado con un material controlante nacional. La Corte IDH no ha establecido mayores parámetros ni ha determinado con precisión sobre qué normas nacionales debe efectuarse la comparación.

3.1 Efectos del control de convencionalidad

Los efectos del control suponen la afectación o no afectación de normas nacionales frente a la CADH y la jurisprudencia Corte IDH. El resultado de dicho examen trae como consecuencia inmediata la exclusión de una norma interna que se estime contraria a la CADH o a lo resuelto por la Corte IDH en sus sentencias. Implica, además, que esta operación trae consigo la creación, más o menos inédita, de una solución de justicia novedosa cuyas fuentes y legitimidad pueden resultar difusas.

Al efectuar este análisis de confrontación normativa, puede darse que: i) la norma jurídica nacional esté conforme con los derechos y garantías fundamentales consagrados por la CPR y con las normas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH; ii) la norma jurídica nacional no sea conforme con los derechos y garantías fundamentales consagrados por la CPR ni con las normas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, debiendo generarse exclusión de la norma por parte del agente; iii) la norma jurídica nacional solo sea conforme a los derechos y garantías fundamentales consagrados por la CPR, pero no las normas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, por lo que debe generarse exclusión de la norma por parte del agente; iv) la norma jurídica nacional no sea conforme con los derechos y garantías fundamentales consagrados por la CPR, pero sí por normas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, con lo que no se generaría exclusión de la norma por inconvencionalidad, aunque sí debe evitarse su aplicación por inconstitucionalidad u otra causa consignada en el derecho interno[12].

Como hemos señalado, la falta de conformidad de la norma nacional con la CADH y la sentencia Corte IDH determinará la necesidad de proceder a la exclusión de la norma nacional. En este último caso la necesidad de efectuar una adecuación normativa y la búsqueda de soluciones impuestas al agente estatal

> [i]mplica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: 1) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y 2) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. (Ibáñez 2012, p. 104)[13]

[12] Correspondiendo efectuar el control de constitucionalidad al órgano jurisdiccional constitucional encomendado de efectuar dicho control. En Chile tal atribución corresponde al Tribunal Constitucional.

[13] Este último aspecto no es objeto de nuestras preocupaciones. No al menos en lo que queda de este artículo dado que el contexto de un juicio impide bajo cualquier respecto que el juez asuma el rol de legislar con fuerza obligatoria y carácter general.

Analizando la supresión o exclusión de la norma, podemos observar que la doctrina propone diversos criterios de solución según la afinidad o resistencia del autor a los criterios de la Corte IDH. Al momento de efectuar el control de convencionalidad se le ha reconocido al agente estatal una faceta destructiva y una faceta creadora para objeto de proceder a la exclusión de la norma.

En su aspecto destructivo, el control de convencionalidad parece operar como una suerte de rayo exterminador de normas locales. Esto vendría a ser la "faceta destructiva" de ese control, y se expresa mediante: 1) La simple abstención de aplicar las normas locales opuestas a la convención, en base al control de convencionalidad; 2) Declaración de inaplicabilidad por inconvencionalidad ceñida al caso concreto, con efectos inter-partes. La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada, por resultar incompatible con el derecho superior (en este caso, la Convención Americana), no se la efectiviza: 3) Declaración de inaplicabilidad por inconvencionalidad de efectos generales, con efectos erga omnes (Sagués, 2010, p. 128).

Pero también existe una aplicación "constructiva" o positiva del pacto, producida a consecuencia de la operación de exclusión. Se realiza mediante la interpretación "de acuerdo" o "de conformidad" a dicho pacto. Y se expresa i) mediante una interpretación adaptativa de la norma nacional, ajustando el sentido de la norma jurídica nacional del caso concreto a los estándares internacionales de la CADH o Corte IDH; ii) frente a problemas de interpretación producidos por la existencia de dos o tres interpretaciones diversas. Sea de la interpretación adaptativa o del precedente Corte IDH, el operador deberá preferir la que coincida y no la que se oponga a la CADH: "A *contrario sensu*, ello significa que deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional, que resulten incompatibles con la Convención Americana, o con la interpretación dada a esta última" (Sagués, 2010, p. 130) por la Corte IDH; iii) por decisión del asunto controvertido mediante la aplicación de un criterio *pro homine* y la búsqueda de la decisión más favorable supone entregar al juez un amplio margen interpretativo para determinar en cada caso concreto la decisión más favorable, entendiéndose que esta puede encontrarse en la aplicación del derecho interno, en la prevalencia de la CADH o del precedente Corte IDH o en una solución novedosa creada por el juez en base a los antecedentes del caso concreto y de los estándares internacionales exigidos. ¿Cuál es la norma más favorable a la protección del derecho que se discute? Quedará a criterio del juez, dado que se trata de una estructura interpretativa flexible. Por último, se expresa iv) mediante una formula final, que radicaría en que el agente estatal y particularmente el juez, frente al deber inexcusable de resolver el asunto sometido a su conocimiento y en la necesidad de dar aplicación al control de convencionalidad, acabe creando una norma jurídica particular cuyo fundamento o sustrato jurídico sea directamente el precedente Corte IDH o la norma de la CADH matizada con la naturaleza concreta del asunto sometido

a su decisión, con la cual decida el asunto mediante una solución jurisprudencial inédita y novedosa, pero de efecto relativo al caso concreto[14].

3.2 Críticas formuladas a la aplicación del control de convencionalidad

La aplicación y ejecución de este control de convencionalidad en el derecho interno por parte de jueces (principalmente) no está exento de problemas que han suscitado la atención de la doctrina nacional e internacional, según el caso. Para la doctrina nacional, concebir la aplicación del control de convencionalidad atendiendo el valor que la Corte IDH asigna a sus decisiones judiciales como fuente de derecho resulta problemático. Y es tierra fértil de discusión entre posturas. El debate es complejo y extenso. Pero nuestro propósito no persigue una revisión completa y acotada de las críticas doctrinarias existentes. Dado el tenor de la obra, revisaremos de forma breve algunos puntos críticos visibilizados por la doctrina:

3.2.1 La falta de consenso en cuanto a la jerarquía normativa de los tratados internacionales en Chile[15]

Magistralmente la profesora Henríquez (2008) indica:

> No existe en la Constitución Política de Chile norma alguna que determine cuál es jerarquía de los tratados en general y sobre derechos humanos en particular. Por lo tanto, debe determinarse tal rango por la vía de la interpretación del artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental. (p. 73)

Lo aseverado reza el punto de partida común de distintos autores que pugnan sobre la materia. Con todo, la discusión radica en que la "Constitución como norma jurídica fundamental y fundante del ordenamiento jurídico es quien debe decidir la jerarquía de los tratados internacionales" (Ramírez, 2014, p .230). Sin embargo, nuestra norma hipotética fundamental no ha satisfecho dicha incertidumbre. Así, la cuestión ha debido resolverse sólo por vía interpretativa.

La profesora María Angélica Benavides nos señala al respecto que no es necesario ni relevante determinar la jerarquía entre el binomio normas jurídicas internas e internacionales (derivadas de la convención), ya que es perfectamente viable proceder a una interpretación amigable y perfectamente coexistente a través del mecanismo denominado: control de compatibilidad (Benavides, 2017, pp. 381-382)

3.2.2 Expansión creciente de la fuerza obligatoria de las sentencias Corte IDH

Actualmente la Corte IDH experimenta un proceso creciente de expansión de la fuerza obligatoria de sus sentencias (Ortega, 2020, p. 124). La expansión se produce por la evolución de la autoconcepción del control de convencionalidad que ha pasado de ser relativo (entre los justiciables) a ser de carácter general. Dicho fenómeno ha sido observado con detención por la jurisprudencia y respecto de la cual mantiene recelos.

[14] Sin perjuicio de lo que proclama el uso de la interpretación conforme.

[15] Sobre la materia, véase Henríquez (2008), Aldunate (2010) y Mohor y Fiamma (2016).

La expansión del efecto obligatorio (García y Contreras, 2014, pp. 217-218; Henríquez, 2014, p.123) de las sentencias Corte IDH recorta el margen de acción de los jueces nacionales en materia de interpretación y aplicación del derecho interno y el control de constitucionalidad de las constituciones locales.

Ciertamente, y a consecuencia de dicha señal tan clara, la Corte, por medio del control de convencionalidad, busca erigirse como un órgano supranacional dentro de nuestro continente, lo que desentona abiertamente con los cimientos y bases del derecho internacional.

A mayor abundamiento, la Corte IDH ha sostenido:

> que sus opiniones consultivas hacen parte del marco o parámetro de control de convencionalidad de obligatoria observancia por los Estados, lo que no se compadece con los efectos no vinculantes de las opiniones consultivas; y además no encuentra fundamento normativo si se considera que, ante la ausencia de stare decisis en el derecho nacional e internacional, los casos sólo obligan a las partes en una controversia decidida judicialmente y únicamente en ese caso. (Carrillo, 2016, p. 1)[16]

Estimamos que la postura de la Corte IDH es absolutamente comprensible, ya que pretende ser ejemplificadora para los Estados, logrando así su mayor recepción y aplicación.

3.2.3 Doctrina del margen de apreciación nacional

La doctrina del margen de apreciación nacional, como se sabe, admite un componente de "discrecionalidad de los Estados en la toma de decisiones" (García, 2007, p. 124) y distingue en todo ordenamiento jurídico nacional "un núcleo "duro" o "fundamental" no reducible ni negociable, y otro segmento más maleable, donde los Estados pueden introducir variantes de contenido atendiendo razones, por ejemplo, de buenas costumbres, moral pública, interés social, etc., diferentes de nación en nación" (Sagués, 2010, p. 126).

La justificación de esta doctrina se suscita por la carencia de un dialogo fructífero entre los Estados parte dentro de los tratados, lo que deriva en la falta de consenso y obstaculiza los tribunales domésticos para la posible construcción de una regla de interpretación unificada.

3.2.4 La ausencia de una cultura jurídica del precedente anglosajón[17]

La aceptación de la postura de la Corte IDH en relación al control de convencionalidad también afecta la "independencia interna que tiene todo tribunal para resolver los asuntos de su competencia. Pero es un hecho que fallos concordantes de

[16] Antagónicamente, se postula que estaríamos en presencia (latente) de un sistema de imposición, no así de dialogo.

[17] Sobre el particular se ofrece un estudio interesante, L*a justicia de los precedentes*: ¿I*nvasión a la independencia y autonomía del juzgador*? de Vicente Fernández (2016).

los tribunales superiores sobre un determinado asunto van a influir siempre en los criterios" (Squella, 1999, p. 264).

El sistema de precedentes propugnado por la Corte IDH es ajeno a la experiencia nacional respecto de la valoración de la jurisprudencia. El precedente de la Corte IDH opta por un sistema anglosajón o norteamericano al estar inserta dentro de países cuyos sistemas en esta materia están profundamente arraigados con el sistema de derecho continental y cuya cultura jurídica sobre la materia no ha variado.

Chile no es la excepción y en nuestro país no impera un sistema jurídico de tipo o inspirado en el anglosajón[18].

3.2.5 Resistencia al cumplimiento de las sentencias condenatorias de la Corte IDH

Actualmente existe un seguimiento y cumplimiento dispar a las sentencias Corte IDH que condenan al estado de Chile, o bien la condena no genera aceptaciones en la doctrina nacional o en autoridad. Entre las críticas que se han apuntado en contra de ellas, se encuentran la vulneración a la legalidad y seguridad jurídica nacionales; el excesivo y tendencioso contenido ideológico de las sentencias Corte IDH; la intromisión, entre otras.

Señalan Schönsteiner y Couso (2015):

> La implementación de las decisiones de los órganos de este Sistema deja que desear, a pesar de ser [Chile] uno de los estados con mejor registro de cumplimiento de la región. En efecto, si bien el Ejecutivo ha exhibido una disposición general a cumplir cabalmente con las decisiones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en no pocas ocasiones se ha enfrentado con la resistencia de la Corte Suprema hacia el Sistema, o con la indiferencia del Congreso a la hora de coordinarse para cumplir con decisiones que involucran medidas legislativas. (p. 317)

A mayor abundamiento, López (2019) aduce que es innegable que los Estados parte han experimentado un mayor nivel de ejecución de las sentencias CIDH. Sin embargo, aquello se produce de manera parcial. En consecuencia, deriva en un alto nivel de incumplimiento de dichas resoluciones y se mantienen altos niveles de inejecución de dichos veredictos, lo que redunda en una ejecución insatisfactoria de las mismas (López, 2019, p. 216).

En síntesis, nos encontramos en presencia de dos grandes aristas: i) de compromiso y ii) de resistencia en cuanto a la ejecución y cumplimento de las sentencias de la Corte IDH, lo que deriva en la afectación de la legitimidad del mismo en el país.

Por otra parte, las decisiones del Sistema Interamericano que han encontrado

> refieren a tres temáticas fundamentales: los derechos de pueblos indígenas; el Decreto Ley de Amnistía; y la justicia militar. En estos casos, las dificultades parecen más radicadas en el legislativo y representan temáticas que se perciben

[18] Debemos recordar que en Chile la jurisprudencia no se configura como fuente formal.

> como "complejas". Esto ha sido agravado por la negativa exhibida por el Ejecutivo a utilizar sus importantes facultades colegisladoras para impulsar los proyectos de ley o de cambio constitucional necesarios para implementar las decisiones del Sistema en las materias señaladas. (Schönsteiner y Couso, 2015, p. 345)

4. APLICACIÓN HIPOTÉTICA DE UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, PROBLEMAS QUE PODRÍAN SUSCITARSE[19]

La invocación de sentencias Corte IDH por parte de tribunales ordinarios nacionales en juicios que versan sobre materias, cuyo objeto de discusión es la violación de derechos y garantías fundamentales o en las que aparecen involucradas normas de *ius cogens*, no parecen generar mayor objeción respecto de la necesidad de aplicar el control de convencionalidad. Pero de lo estudiado en puntos anteriores, esto es, la constante expansión del efecto de las sentencias Corte IDH y el estado actual de la concepción del control de convencionalidad por parte de ésta, obligan a ejecutar dicho control respecto de cualquier clase de norma a órgano jurisdiccional.

Desde una perspectiva procesal, nos preguntamos: ¿Qué hay de aquellos casos en que el objeto de discusión en el juicio no se centra en la vulneración derechos fundamentales o bien este no aparece vulnerado a primera vista, sino que se centra en materias de competencia de tribunales ordinarios o especiales de primera instancia? ¿Cómo debe aplicarse el control de convencionalidad? ¿Cuándo debe hacerse, en qué etapa del proceso? ¿Y de ejecutarse, su aplicación requiere manifestación expresa y debida fundamentación? ¿Qué consecuencias procesales traería su aplicación a falta de implementación normativa interna?

Desarrollaremos tales interrogantes a través de un breve ejercicio de simulación en el que prescindiremos de las reticencias, desconfianzas y lastos doctrinarios contrarios a la Corte IDH, y adoptaremos el criterio postulado por la Corte IDH en relación al control de convencionalidad. Asumiremos que el Estado chileno, siempre respetuoso y garante del derecho internacional, acepta la aplicación del control de convencionalidad por parte de la judicatura nacional. En este sentido, el Estado obra con la complicidad de la misma, y más aún estima obligatoria la revisión de toda clase de normas. El ejercicio lo ejecutaremos en el estado actual del ordenamiento jurídico sin inventar adecuaciones.

Supongamos por un momento lo siguiente: frente a un asunto controvertido un juez de primera instancia[20], sea de policía local, familia, civil o laboral (la materia y especialidad no importan), ejecute un control de convencionalidad y determine, en

[19] Sobre el particular, existen estudios sobre la materia de los siguientes autores: Núñez (2014) y Philp y Rivas (2016).

[20] Nada impide que el control sea ejecutado por ministros de corte de apelaciones que conocen la apelación o casación en la forma o por ministros de la Corte suprema que conocen principalmente del recurso de casación en el fondo. Ellos son quienes principalmente lo han desarrollado en nuestro país.

base al examen hermenéutico-normativo ejecutado, que las normas del ordenamiento jurídico interno que determinan su competencia específica y que son susceptibles de ser aplicadas al caso concreto no satisfacen los estándares normativos internacionales exigidos por la Corte IDH por estimar que su aplicación resultará contraria y vulneradora de garantías fundamentales consagradas en la CADH o en precedentes Corte IDH. Luego puede pasar que, en su afán funcionario de prevenir tal vejamen, excluya la norma jurídica interna y, al hacerlo, acabe creando una "solución de justicia"[21] novedosa basada en los parámetros jurisprudenciales de una sentencia Corte IDH o de un bloque de sentencias Corte IDH. Así, puede proceder, finalizada toda esta operación axiológica intelectual, a la dictación de la sentencia definitiva del caso concreto, resolver el objeto del juicio y poner fin a la instancia.

Aquí pueden suscitarse varios problemas: i) que la decisión ejecutada por el juez como solución de justicia resulte ser consecuente al estándar normativo internacional, pero a su vez resulte contraria a una o varias disposiciones del ordenamiento jurídico interno; ii) que la decisión propuesta por el juez, como solución de justicia, resulte ser contraria al estándar normativo internacional, pero consecuente a una o varias disposiciones del ordenamiento jurídico interno; iii) que la solución propuesta por el juez como solución de justicia resulte contraria tanto al estándar normativo internacional propuesto por la Corte IDH, así como a una o varias disposiciones del ordenamiento jurídico interno, lo que provocaría una infracción de ley que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo; y iv) que la solución propuesta por el juez, como solución de justicia, resulte acorde tanto al estándar normativo internacional propuesto por la Corte IDH como a una o varias disposiciones del ordenamiento jurídico interno, lo que evitaría la infracción de ley por correcta aplicación de la norma (Nash, 2013, p. 505).

Desde una perspectiva procesal, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico este ejercicio, a pesar de su nobleza y avance en garantizar DDHH, genera muchos problemas y plantea interrogantes previas:

1. En relación con las materias que pueden ser objeto de control, surge la duda acerca de si toda clase de materias que pueden ser objeto de un juicio son realmente susceptibles del control de convencionalidad. El criterio de la Corte IDH daría a entender que sí. Sin embargo, no parece resultar lógico dicha extensión totalizadora, pues parece claro que determinados asuntos sometidos al conocimiento del tribunal (tales como determinadas materias civiles patrimoniales, asuntos no contenciosos, juicios ejecutivos) son poco susceptibles de generar vulneraciones de DDHH. Y de darse el caso, en el mismo proceso podría corregirse la anomalía mediante la utilización de mecanismos propios del mismo. ¿Sería plausible,

[21] Denominaremos de esta forma, a la creación jurisprudencial original, ejecutada por el juez en base a los criterios jurisprudenciales de sentencias de la CIDH que le sirven de precedente, para dar solución al caso concreto cuando ejecutando el control de convencionalidad ha excluido la normativa jurídica nacional y ha decidido crear una norma jurídica particular conforme a las circunstancias fácticas del caso concreto.

entonces, establecer puntos o materias críticos de control o criterios para su ejecución, o ello vulneraria la CADH?

2. En relación con las competencias y atribuciones necesarias para aplicar el control de convencionalidad, surge la pregunta: ¿Cómo sería plausible actualmente su aplicación sin que exista norma expresa en el COT o CPC, o en leyes especiales que faculten al juez para ejecutar el referido control de convencionalidad? ¿Su aplicación actual genera tensiones con el principio de juridicidad? ¿Bastan las facultades conservadoras de los tribunales de justicia, para justificar su ejecución? ¿Su aplicación engendraría una eventual responsabilidad civil del juez o del Estado, según el caso?

3. Si no hay guía normativa, ¿a qué tipo de procedimiento debe ser aplicable el control de convencionalidad? Por razones de economía procesal y adecuado uso de recursos públicos, parece que no todas las materias que pueden ser objeto de conocimiento del juez susciten la necesidad de efectuar el control de convencionalidad. En este sentido, los procedimientos de mínima cuantía, los juicios arbitrales, los procedimientos sumarios e incidentales y los asuntos no contenciosos no parecen requerirlo especialmente. Luego, debe distinguirse para qué procedimiento. ¿Es necesario este paso para todo procedimiento? Sin hacer distinciones, se entiende que debe operar el aforismo de que quien puede lo más también puede lo menos.

4. ¿Constituye este control de convencionalidad una (nueva) etapa del procedimiento? Si así lo fuere, ¿debe ser insertado expresamente, de alguna manera en el proceso civil o penal?, ¿en qué etapa del proceso correspondería introducir su aplicación? ¿Debe ser incorporada como trámite esencial ante tribunales de primera o segunda instancia? Conforme a lo consignado al estudiar el control de convencionalidad, en base a la breve simulación efectuada parece natural que su aplicación se concrete en la etapa de juzgamiento, decisión o al momento de la dictación de la sentencia (Sagués, 2010, pp. 123-125).

5. ¿Podría aplicarse el control en forma previa a la dictación de la sentencia, sea o dentro de las medidas para mejor resolver? ¿La exclusión de la norma podría ser inferida como una especie de veredicto o revelación del juzgamiento por alguna de las partes?

6. De ejecutarse el control en la sentencia, surgen también dudas respecto a si este ejercicio debe ser fundamentado o si basta la mera referencia a su ejecución. Surgen en este punto varios problemas de juridicidad sobre la materia: ¿Debe ser un incluido como un requisito más en la dictación de la sentencia definitiva en términos del artículo 170 CPC, por ejemplo? ¿Sin que exista autorización expresa

para el juez de primera instancia, se produce infracción de ley al excluir la norma nacional cuya aplicación han invocado las partes?

7. Surgen dudas respecto de cuántas veces podría ejecutarse o solicitarse la ejecución del control de convencionalidad por parte de los litigantes dentro de un mismo proceso. Nada dice la Corte IDH al respecto, ¿Existe un margen mínimo tolerable en su aplicación? ¿Es necesario limitar la posibilidad de solicitar su aplicación a las partes, para evitar que este se transforme en asidero para dilación del juicio?

8. También surgen dudas respecto a qué ocurriría en aquellos casos en que el juez decida aplicar de oficio el control. ¿Constituiría acaso fundamento para declarar la existencia de vicios de procedimiento si, por ejemplo, el juez notare infracciones a la garantía del debido proceso durante la tramitación del mismo? Si esta situación se diese en segunda instancia o en sede de casación, ¿cómo podría conciliarse la exigencia del control con algunos principios procesales como la preclusión procesal y el orden consecutivo legal?

9. La parte interesada puede proponer a agente estatal que efectúe el control. ¿Dicha solicitud engendra un incidente dentro del proceso? ¿Esta eventual incidencia de convencionalidad requerirá de previo y especial pronunciamiento o no tendrá ese carácter? ¿Podría oponerse como una excepción dilatoria o en cualquier estado del juicio? ¿Podría la inconvencionalidad de la norma jurídica nacional formar parte de las defensas perentorias por parte del demandado? ¿Cómo se concilia esta situación con el control de constitucionalidad entregado al TC [22]? ¿Se producen contiendas de competencia con el TC?

10. En relación con el contenido de la solución judicial planteada por el juez al dictar sentencia tras haber ejecutado el control en el estado de regulación actual, surgen las preguntas: ¿No atentaría la invocación de una fuente de derecho, cuya legitimidad se discute y no está consagrada en forma expresa, contra los principios de certeza, seguridad jurídica y legalidad, así como contra el debido proceso? ¿Qué ocurre en aquellos casos en que el resultado del control de convencionalidad se basa en el criterio *pro homine*? ¿Se incurre en vicio de casación en aquellos casos en que el sentido determinado produce infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo? ¿Qué ocurre en aquellos casos en que la exclusión de la norma nacional implica ausencia de decisión del asunto controvertido? ¿Configura el fruto del control de convencionalidad un vicio de casación en la forma?

11. En relación con lo anterior, en su estado normativo actual, ¿la aplicación de elementos de interpretación amplios (propuestos por la Corte IDH), pero ajenos a los del código civil, no traería consigo la aparición de vicios de casación en el

[22] En un sentido similar, véase Nash (2013, p. 504).

fondo por infracción de ley que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo? ¿Qué pasaría si el control de convencionalidad versa sobre normas valoradoras de la prueba? ¿Esto es compatible con el recurso de revisión de sentencias definitivas?

Todas estas legítimas dudas nos permiten avizorar que es del todo necesario realizar una modificación del derecho procesal interno, ya que dicho mecanismo implica imperiosamente una transformación en la labor de los jueces locales (Silva, 2016, p. 104). Se hace del todo indiscutible propiciar la coherencia y legitimidad ineludible que requiere la correcta implementación del control de convencionalidad en estas materias.

CONCLUSIONES

Como hemos observado al iniciar este estudio, las sentencias de la Corte IDH son agrupadas en la jurisprudencia en tanto categoría de las fuentes del derecho formales del derecho. Puede ser tanto fuente formal y material del mismo. En dicha categoría comparten algunas características comunes con la jurisprudencia nacional.

También podemos concluir que las sentencias Corte IDH difieren de la sentencia nacional en su obligatoriedad, pues la primera carece de fuerza obligatoria general y solo tiene un carácter vinculante para las partes del juicio en que hubiere sido pronunciada. La segunda (sentencia Corte IDH), por su parte, no comparte estas características, sino que, fruto de una expansión teórica, adquiere todas sus decisiones fuerza obligatoria general y carácter vinculante como precedente jurisprudencial para todos los estados que han ratificado el pacto de San José y la CADH.

Del estudio del control de convencionalidad como sistema propuesto por la Corte IDH, hemos deducido que el sistema de control está íntimamente ligado a la sentencia Corte IDH como fuente de derecho interno, en tanto a través de este sistema de aplicación de precedentes jurisdiccionales la fuente en cuestión será aplicada. El control es el medio que permite la utilización de la jurisprudencia Corte IDH como fuente de derecho.

Sin embargo, el estado normativo interno actual en relación con el control del control de convencionalidad impide su aplicación de forma generalizada por parte de los jueces y demás agentes estatales llamados a su ejecución, quienes carecen de la competencia y atribuciones legales necesarias para su aplicación. La simple ratificación del tratado internacional que consagra la CADH y reconoce la competencia de la Corte IDH resultan, a nuestro juicio, insuficientes para propugnar su aplicación dado que la jerarquía normativa que se le atribuye provocaría colisiones con otras bases de la institucionalidad, particularmente con el principio de juridicidad consagrado en la CPR.

Finalmente, el estado normativo interno actual en relación col control de convencionalidad nos ha permitido agrupar, mediante un ejercicio de simulación, una serie de dudas procesales respecto de los efectos y consecuencias que un eventual control

de convencionalidad podría producir si fuese implementado en el actual estado del ordenamiento jurídico. Esto nos lleva a concluir que, para una adecuada aplicación, resulta necesario que este sea introducido formalmente en nuestra legislación mediante una adecuada regulación procesal, por razones de juridicidad, legitimidad y coherencia interna. Entre otras cosas, esta legislación debe determinar sus efectos y limites (en cuanto a la materia, al procedimiento, a su uso), posibilidades de aplicación, tribunales competentes para su aplicación, ubicación dentro del procedimiento, entre otras dudas planteadas.

REFERENCIAS

Aguilar, G. (2019). El Control de Convencionalidad y la prohibición de discriminación en Chile. O*pinión Jurídica*, *18*(36). https://doi.org/10.22395/ojum.v18n36a3

Aldunate, E. (2010). La Posición de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. I*us et Praxis*, *16*(2), 185-210. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200007

Benavides, M. (2017). El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). E*studios Constitucionales*, *15*(2), 365-388. https://bit.ly/3hXir7R

Carmona Tinoco, J. (2009). La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso de México. En S. García y M. Castañeda (coords.), R*ecepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la corte interamericana* (pp. 245-290). Universidad Nacional Autónoma de México; Secretaría de relaciones exteriores; Corte Interamericana de Derechos Humanos. http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11650

Carrillo, N. (2016, 9 de noviembre). S*obre sobre la legitimidad procesal: ¿se está excediendo la corte interamericana en su concepción de fuentes y efectos de sus decisiones? eso parece* [*con probable buena intención pero mala técnica e implicaciones*]. Dipublico.org. https://bit.ly/3xyR2hP

Castilla, K. (2013): ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados. A*nuario Mexicano de Derecho Internacional*, *13*, 51-97. https://bit.ly/3AWFxTs.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 26 septiembre). R*esolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*. B*arrios Altos vs Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 29 noviembre). R*esolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Caso La Cantuta vs Perú*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009, 24 noviembre). R*esolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Caso Masacre de las Dos Erres vs Guatemala*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013, 20 de marzo). R*esolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Caso Gelman vs Uruguay*. https://bit.ly/3rqx1I6

Fernández, V. (2016). La justicia de los precedentes: ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador? *Revista de derecho* (*Valdivia*), *29*(2), 9-33. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000200001

Fuenzalida, S. (2015). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: Una revisión de la doctrina del "examen de convencionalidad". *Revista de Derecho* (*Valdivia*), *28*(1), 171-192. https://doi.org/10.4067/S0718-09502015000100008

García, F. (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. *Teoría Y Realidad Constitucional*, (20), 117–143. https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6778

García, S. (2011): El control judicial interno de convencionalidad. *Revista* IUS, *5*(28), 123-159. https://doi.org/10.35487/rius.v5i28.2011.68

García, G., y Contreras, P. (2014). Diccionario Constitucional Chileno. *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, (55).

Henríquez, M. (2008). Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios constitucionales*, *6*(2), 73-119. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002008000100004

Henríquez, M. (2014). La polisemia del control de convencionalidad interno. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, *12*(24), 113- 341. https://doi.org/10.11144/Javeriana.IL14-24.pcci

Hitters, J. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, *7*(2), 109-128. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005

Ibáñez, M. (2012). Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, (8), 103-113. https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555

López, O. (2019). Cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: algunas reflexiones a partir del proceso de reforma en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, *15*(2), 213-235. https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/50455

Mohor, S. y Fiamma, G. (2016). La jerarquía normativa de los tratados internacionales. *Revista De Derecho Público*, (55/56), Págs. 115–126. https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43372

Nash, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 9*, 489-509. https://bit.ly/3hBMzFo

Nogueira, H (2012). Dialogo Interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011. *Estudios constitucionales*, *10*(2) 57-104. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200003

Núñez, C., (2014). *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en chile* [tesis de pregrado, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/129769

Ortega, W., (2020). Almonacid Arellano, Palamara y Norín Catrimán. Tres momentos del arduo camino de legitimación del diálogo convencional. O*pinión Jurídica*, *19*(39), 111-129. https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a5

Pacheco, M. (1990). T*eoría del* D*erecho*. Editorial jurídica de Chile.

Paúl, A. (2019). Los Enfoques acotados del control de convencionalidad: Las únicas versiones aceptables de esta doctrina. R*evista de derecho* (C*oncepción*), *87*(246), 49-82. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000200049

Philp, C, y Rivas, C. (2016). C*ontrol de convencionalidad ejercido por la corte suprema*: *análisis de jurisprudencia en materia de familia e infancia* [tesis de pregrado, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/140119

Quiroga, A. (2005). Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano. I*us et* P*raxis*, *11*(1), 243-267. http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/530

Ramírez, L. (2014). L*a Corte* I*nteramericana de* D*erechos* H*umanos y los efectos de sus sentencias*, *con especial referencia a* E*l Salvador* [tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona]. Dipòsit digital de documents de la UAB. https://ddd.uab.cat/record/131523

Sagüés, N. (2010). Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. E*studios constitucionales*, *8*(1), 117- 136. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100005

Schönsteiner, J. y Couso J. (2015). La implementación de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en chile: ensayo de un balance. R*evista de* D*erecho* U*niversidad* C*atólica del* N*orte*, *22*(2), 315-355. https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1817

Silva, M. (2016): Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso. E*studios constitucionales*, *14*(2), 101-142. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200004

Silva, M. (2018). ¿Es realmente viable el control de convencionalidad? R*evista chilena de derecho*, *45*(3), 717-744. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000300717

Squella, A. (1999). I*ntroducción al* D*erecho*. Editorial Jurídica de Chile.

Vogelfanger, A. (2015). La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. R*evista* P*ensar en* D*erecho*, *7*, 251-284. https://bit.ly/3AW9F1b