

## EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ANÁLISIS EN DERECHO COMPARADO

*Gonzalo Aguilar Cavallo*

THE CONTROL OF CONVENTIONALITY:  
ANALYSIS IN COMPARATIVE LAW

### RESUMO

EN EL CASO *ALMONACID* (2006), POR PRIMERA VEZ, LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ENUNCIÓ LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD HA GENERADO UN GRAN DEBATE ACADÉMICO, ESPECIALMENTE EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA. UNA PREGUNTA QUE SURGE EN ESTE ESCENARIO ES CUÁL ES LA RELACIÓN ENTRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. EL DERECHO COMPARADO NOS PERMITIRÁ APORTAR ARGUMENTOS Y CRITERIOS PARA ABORDAR ESTA CUESTIÓN.

### PALAVRAS-CHAVE

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD; CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD; DERECHOS HUMANOS; JUEZ DE DERECHOS HUMANOS; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

### ABSTRACT

IN THE *ALMONACID* CASE (2006), THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ENUNCIATED FOR THE FIRST TIME THE DOCTRINE OF THE CONTROL OF CONVENTIONALITY. THE CONTROL OF CONVENTIONALITY HAS PROPELLED A SIGNIFICANT ACADEMIC DEBATE, ESPECIALLY BETWEEN LATIN-AMERICAN CONSTITUTIONAL SCHOLARS. ONE QUESTION THAT ARISES IN THIS SCENARIO IS ABOUT THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND THE CONTROL OF CONVENTIONALITY. THE COMPARATIVE LAW BRINGS ARGUMENTS AND CRITERIA TO ADDRESS THIS QUESTION.

### KEYWORDS

CONTROL OF CONVENTIONALITY; CONTROL OF CONSTITUTIONALITY; HUMAN RIGHTS; JUDGE OF HUMAN RIGHTS; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS.

## INTRODUCCIÓN

Se puede definir el control de convencionalidad como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley a los tratados internacionales respecto de los cuales el Estado ha consentido en obligarse.

El control de convencionalidad puede tener su fuente en el derecho constitucional nacional, en aquellos casos en que la Constitución del Estado ha previsto expresamente la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre las normas infraconstitucionales, o bien, la jurisprudencia nacional ha consagrado pretorianamente dicha superioridad. En este caso, para dar cumplimiento a la disposición constitucional,

es necesario un órgano jurisdiccional que vele por la conformidad de las leyes a los tratados internacionales.

Por otro lado, la obligación del control de convencionalidad puede encontrar su fuente en el derecho internacional. Primero, en la imposibilidad de alegar impedimentos de derecho interno para no cumplir con las obligaciones derivadas del derecho internacional. Segundo, en la obligación del Estado de adecuar su orden jurídico interno al derecho internacional. Tercero, en la obligación del Estado de garantizar el goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales.

En el caso de América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha explicitado y resaltado la obligación de los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH) de efectuar un control de convencionalidad.

En efecto, el control de convencionalidad, entendido como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna a la CADH, se incorporó al cuerpo de las sentencias —como doctrina de la Corte IDH— a partir del caso *Almonacid vs. Chile* (2006).<sup>1</sup> Desde entonces, la Corte ha reiterado esta doctrina en diversas oportunidades. La última ocasión en que lo ha hecho, según la época en que se redacta este trabajo, ha sido a raíz del caso *Fontvecchia y D'Amico vs. Argentina* de 2011. En esta sentencia, los jueces interamericanos formularon de la siguiente manera la obligación del control de convencionalidad:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.<sup>2</sup>

El control de convencionalidad así planteado adquiere el carácter de una obligación internacional para los Estados partes en la CADH. La Corte IDH ha suscitado un amplio debate doctrinario con la formulación del control de convencionalidad.

La experiencia comparada sirve para iluminar la búsqueda de soluciones y las propuestas que se puedan hacer frente a una determinada interrogante jurídica. Entre las preguntas que el derecho comparado nos puede ayudar a responder están: ¿cuál es el significado del control de convencionalidad para los jueces nacionales? ¿El control de convencionalidad debería estar incorporado en el razonamiento jurídico de los jueces nacionales? En forma preliminar, se podría aventurar una respuesta positiva. ¿El control de convencionalidad es incompatible con un control de constitucionalidad? Como se verá, nosotros optaríamos por una respuesta negativa. ¿El control de convencionalidad es dependiente de la existencia de un sistema de control concentrado o difuso de constitucionalidad? En principio, la posibilidad de realización concreta del control de convencionalidad por parte del juez nacional no estaría sujeta a la existencia de uno u otro modelo de control de constitucionalidad. Quizás, un modelo concentrado de control de constitucionalidad, con la existencia de un juez constitucional especial —de un tribunal constitucional—, podría presentar mayor oposición a la realización de un control de convencionalidad por los jueces nacionales que un modelo de control difuso de constitucionalidad. Además, esta clasificación distorsionaría más que facilitaría la aplicación práctica del control de convencionalidad. Aun cuando ambos procedimientos están emparentados,<sup>3</sup> intentar aplicar el modelo de control de constitucionalidad concentrado o difuso al proceso de control de convencionalidad es un indicador de confusión, que desorienta y que aleja al juez nacional de la obligación internacional que justifica el control de convencionalidad. Por último, ¿cómo se hace operativo este control de convencionalidad? Sobre esto, la Corte IDH, que ha introducido el concepto de control de convencionalidad en el ámbito americano, guarda silencio. Para aportar indicios sobre la puesta en práctica del control de convencionalidad, se ha recurrido en este trabajo al examen comparado de la experiencia extranjera.

Así, primeramente, efectuaremos un examen de las diversas fuentes, que pueden justificar la realización de un control de convencionalidad, tanto internacionales como nacionales (1). Luego, abordaremos la experiencia comparada en materia de control de convencionalidad, centrándonos especialmente en una serie de casos recientes sobre control de convencionalidad ocurridos en Francia e Italia, toda vez que pueden proporcionar luces para eventuales soluciones que adopte el juez nacional latinoamericano. Además de Francia e Italia, se examinarán brevemente otras experiencias comparadas relevantes, con una atención particular en algunos Estados latinoamericanos (2).

## I LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad es el control realizado por un juez nacional acerca de la conformidad del derecho estatal con los tratados y acuerdos internacionales.<sup>4</sup> Uno de sus fines es blindar o escudar al Estado de potenciales demandas ante la

jurisdicción internacional por incumplimiento o violación de dichos acuerdos o tratados internacionales. El juez nacional se convierte así en el juez de la convencionalidad en el derecho interno.<sup>5</sup>

Contemporáneamente se podría sostener que la ley no expresa la voluntad general más que en el respeto de la Constitución y de los derechos humanos. Por esta precisa razón, del mismo modo que debe haber un control de constitucionalidad para que las normas infraconstitucionales estén conformes con la Constitución, también debería haber un control de convencionalidad de manera que las normas infraconstitucionales estén de acuerdo con los tratados internacionales.<sup>6</sup>

Más concretamente, tratándose de las convenciones internacionales de derechos humanos, el juez nacional emerge como el juez común de derechos humanos. De esta manera, el juez nacional —incluyendo el juez constitucional— tendría una responsabilidad primordial en inmunizar al Estado frente a una eventual responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos. En el caso del sistema interamericano de derechos humanos, haciendo un paralelo con el derecho europeo, se podría decir que el juez nacional, al cumplir con su obligación internacional de verificar la conformidad del acto a la CADH, se convierte en el juez interamericano de derecho común.<sup>7</sup> En este caso, el juez nacional sería el juez de la convencionalidad y tendría por misión velar por el cumplimiento de la primacía de los derechos humanos. Se podría sostener que aquí operaría respecto del juez nacional una especie de lo que la doctrina y la justicia europea denominan el desdoblamiento funcional de sus competencias.<sup>8</sup>

En el ámbito de los derechos humanos, el derecho aplicable para los Estados que han ratificado la CADH es esta Convención (sin perjuicio de otros tratados internacionales de derechos humanos que el Estado haya ratificado), la Constitución nacional y su legislación de base. Todo juez, al resolver un caso, debe resolverlo conforme a Derecho. En la estimación del Derecho aplicable, debe tomar en consideración todas estas fuentes normativas, en conjunto con los principios y valores que subyacen a estos instrumentos. Por lo tanto, se podría sostener que siempre un juez debería efectuar un control de constitucionalidad y de convencionalidad ya sea directamente o promoviendo las instancias previstas para realizar tales controles.

El Estado sigue siendo una pieza clave en el mosaico del sistema internacional e interamericano de protección de los derechos humanos. En este contexto, la jurisdicción internacional tiene un carácter subsidiario de la jurisdicción estatal. El principal actor en el respeto y cumplimiento de los derechos humanos es el Estado, a través de sus diversos órganos.<sup>9</sup> Por lo tanto, el juez nacional juega un rol fundamental en el respeto y garantía de los derechos humanos, incluyendo los derechos reconocidos en instrumentos internacionales. Por ello, lleva razón García Ramírez cuando asevera con gran claridad que “la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”.<sup>10</sup>

Por esta razón, el juez nacional —como juez de la convencionalidad— se erige como juez de derecho común de los derechos humanos.

Un elemento fundamental en el ejercicio del control de convencionalidad es la obligación no solo de aplicar las normas convencionales sino también de considerar la interpretación del órgano con autoridad para hacerlo. En el caso de la CADH, los jueces interamericanos han afirmado que el control de convencionalidad, que atañe principalmente a los jueces, debe significar no solo la aplicación de la Convención Americana sino también de la interpretación que de ella ha efectuado la Corte IDH, interprete supremo de la misma.<sup>11</sup> García Ramírez acierta al señalar que este proceso se compadece con la lógica del sistema de interamericano. En efecto, según este autor, la idea central reside en

que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno —que son el puente entre el sistema internacional y el nacional—, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional. Es esto —un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información— lo que explica y justifica, al postre, una jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación.<sup>12</sup>

Si el juez nacional, en el procedimiento de contrastación de la norma nacional con la norma internacional, llega a la conclusión que la primera no es compatible con la segunda, debería hacer primar el principio del estándar más alto, esto es, la norma que otorgue una protección mayor al individuo o que menos restrinja sus derechos fundamentales.<sup>13</sup>

El núcleo duro de la discusión a propósito del control de convencionalidad se sitúa en el nivel jurídico y político interno y plantea a los jueces nacionales principalmente nuevos desafíos. Uno de estos es la determinación de entrar en un diálogo decidido con la jurisdicción internacional, principalmente con la justicia interamericana. Además, se requiere una opción clara en cuanto a incorporar y trabajar cotidianamente con el derecho internacional de los derechos humanos, porque este ordenamiento debería ser un derecho de la vida diaria.<sup>14</sup> Con este control de convencionalidad, los jueces nacionales, son propulsados plenamente —en el caso de Latinoamérica— en el orden jurídico instituido por la CADH y, eventualmente, en el orden jurídico del Mercosur o de cualquier otro subsistema jurídico regional que contenga o llegue a contener en

el futuro normas convencionales internacionales cuya operacionalización deba realizarse en el nivel interno.<sup>15</sup> Esto último es una verdadera paradoja, aun cuando, en este contexto, un punto de confrontación concreto sigue siendo la decimonónica resistencia frente a la permeabilización de la *tout-puissante* soberanía nacional.

Tal como mencionamos precedentemente, la Corte IDH ha sostenido que todos los Estados partes en la CADH, en virtud de las obligaciones contraídas en este tratado internacional, deben efectuar un control de convencionalidad de las normas. Así, el control de convencionalidad se funda en las obligaciones que generan para los Estados parte los artículos 1 y 2 de la CADH. En efecto, el artículo 1.1 de la Convención Americana, ubicado en capítulo relativo a los deberes de los Estados, se refiere a la obligación de respeto y garantía de los derechos reconocidos en la Convención.<sup>16</sup> Complementa esta disposición el artículo 2 de la Convención Americana, relativo a la adopción de medidas internas destinadas a la adecuación del derecho interno al derecho internacional, el cual ocupa una posición crucial en la arquitectura interamericana de derechos humanos. El mencionado artículo 2 dispone: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

La Corte IDH ha explicitado y desarrollado más profusamente el sentido del artículo 2 de la CADH. En este sentido, los jueces interamericanos han interpretado que el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana. Cuando el órgano legislativo falla en el cumplimiento de este deber, el órgano judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.<sup>17</sup>

Incluso, la obligación de los Estados de controlar que en su orden interno se respeten y cumplan las normas internacionales de buena fe es una obligación del derecho internacional general, recogida en la Convención de Viena de 1969.<sup>18</sup> Existen, al menos, tres dimensiones de esta obligación internacional:

- 1) los Estados no pueden escudarse en el derecho interno para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales;
- 2) consecuentemente, los Estados deben adecuar su derecho interno de conformidad con las obligaciones internacionales que hayan asumido;
- 3) en materia de derechos humanos, los Estados deben asegurar el cumplimiento de la obligación internacional y, por tanto, deben respetar, proteger y garantizar los

derechos humanos reconocidos en los instrumentos convencionales internacionales. Aquí aparece la obligación de asegurar que se cumpla efectivamente, dentro de la jurisdicción interna, con la obligación de control de la convencionalidad que recae primordialmente sobre los jueces nacionales.

Estos son algunos de los fundamentos que sustentan el control de convencionalidad con fuente en el derecho internacional y, particularmente, en la esfera de los derechos humanos.

Por otro lado, aquellos Estados que cuentan con un texto constitucional reconociendo expresamente que los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a la ley fundan el control de convencionalidad precisamente en esta disposición constitucional, esto es, en una obligación constitucional de derecho interno. En este caso, la fuente de la obligación del control de convencionalidad es interna y no proviene directamente del derecho internacional. Como se puede observar, cuando existe una expresa disposición constitucional nacional, el juez constitucional —bajo el modelo concentrado— tendría la facultad de verificar la conformidad de la ley a los tratados internacionales —*a fortiori* de los tratados internacionales de derechos humanos—. El proceso anterior incorporaría el derecho internacional convencional al bloque de constitucionalidad, el cual es objeto de control de constitucionalidad.<sup>19</sup> Esto último sí que significaría probablemente una fusión o entrelazamiento del control de constitucionalidad con el control de convencionalidad. En otras palabras, el juez constitucional, en virtud del control de constitucionalidad, debería examinar la conformidad no solo de la ley a la Constitución, sino también de la ley al tratado internacional, porque así lo dispone la Constitución. Como se verá, esta idea fue rechazada por el juez constitucional francés.

Se debe tener presente que la técnica del control de convencionalidad en Francia se ha desarrollado a partir del reconocimiento expreso en su texto constitucional de la jerarquía superior de los tratados frente a la ley.

## 2 EXAMEN COMPARADO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Desde el punto de vista del derecho comparado, una serie de tribunales nacionales ya han efectuado concretamente el control de convencionalidad, aun cuando no utilicen expresamente esta expresión en el caso particular. Los sistemas de control de la convencionalidad son diversos y muchas veces están vinculados a los modelos de control de constitucionalidad.

La doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH incumbe a los Estados partes de la CADH. Los Estados europeos que forman parte del sistema europeo de protección de los derechos humanos están sujetos a las decisiones y a la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos. A estos Estados, por supuesto, la doctrina

interamericana del control de convencionalidad no les afecta. Pero ello no quiere decir que dichos Estados no estén igualmente obligados a controlar la convencionalidad de las normas internas y a hacerlas primar cuando exista desconformidad. Desde el punto de vista de los argumentos aportados por la Corte IDH para justificar el control de convencionalidad, la situación es la misma con la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. A continuación veremos brevemente el caso de Italia, muy cercano al caso francés antes analizado, que se inserta en el contexto del sistema europeo de derechos humanos. Luego examinaremos algunos casos latinoamericanos, con modelos diversos de control de constitucionalidad, pero que no obstante han realizado todos ellos experiencias exitosas de control de convencionalidad. En estos casos latinoamericanos, la doctrina de la Corte IDH relativa al control de convencionalidad rige plenamente.

## 2.1 LAS SOLUCIONES FRANCESA E ITALIANA

El caso de Francia resulta del mayor interés por el derrotero que ha seguido el control de convencionalidad en dicho país y por la evolución que ha experimentado el control de constitucionalidad ante el juez constitucional francés.

El artículo 55 de la Constitución francesa de 1958 consagra la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre las leyes y reafirma la primacía de las normas internacionales por sobre el orden jurídico interno.<sup>20</sup> Sin embargo, el texto constitucional no señaló quien debía pronunciarse sobre la aplicación de este principio, por eso que los órganos jurisdiccionales se vieron obligados a enfrentar esta situación pretorianamente.

Así, en 1975, el Consejo Constitucional (el equivalente de lo que en español se entiende por tribunal constitucional) declinó efectuar un control de convencionalidad de la ley en el caso de *l'Interruption Volontaire de la Grossesse* (IVG — 15 de enero de 1975).<sup>21</sup> Posteriormente, la Corte de Casación —la más alta jurisdicción judicial en Francia— el 24 de mayo de 1975, en el caso de la *Société des Cafés Jacques Vabre*, aceptó efectuar un control de convencionalidad de las normas.<sup>22</sup> Bastantes años después, el Consejo de Estado —la más alta jurisdicción administrativa en Francia— se vio también enfrentado a pronunciarse sobre el control de convencionalidad de las leyes. Esta vez, el Consejo de Estado en el *affaire Nicolo* (1989) aceptó efectuar el mencionado control de convencionalidad de la norma.<sup>23</sup> En efecto, con la lectura de la sentencia Nicolo de 20 de octubre de 1989, el Consejo de Estado afirmó, por primera vez, la superioridad de las convenciones internacionales regularmente incorporadas en el derecho interno sobre todas las leyes posteriores.<sup>24</sup>

De esta manera, derivado de estos tres derroteros jurisprudenciales, quedó establecido que el Consejo Constitucional efectuaba el control de constitucionalidad y que el resto de los jueces efectuaban el control de convencionalidad, aun cuando habría sido perfectamente posible que el Consejo Constitucional considerara que el



derecho internacional convencional ingresaba en el control de constitucionalidad por la vía del artículo 55 de la Constitución.<sup>25</sup> Algunos autores —quizás al igualar el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad— advierten sobre el peligro que podría correr la integridad del edificio jurídico interno con la incorporación del control de convencionalidad.<sup>26</sup> El control de convencionalidad que realizan en Francia el juez judicial y el juez administrativo derivaría del principio de supremacía constitucional. En efecto, el juez nacional se siente constitucionalmente habilitado para hacer prevalecer los tratados internacionales por sobre la ley. Sin embargo, esta misma supremacía constitucional impediría al juez examinar la disconformidad entre una norma constitucional y una norma internacional.<sup>27</sup>

A pesar de que el Consejo Constitucional no realiza un control de convencionalidad, ha tenido la posibilidad de precisar que la condición de reciprocidad en el cumplimiento de los tratados carece de objeto para los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, tales como la Convención Europea de Derechos Humanos, el Tratado de Roma que crea el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>28</sup> o los tratados de la Unión Europea.<sup>29</sup>

Cabe hacer presente que el control de convencionalidad en Francia pone en juego la regla de conflicto de normas consistente en el principio, enunciado en la Constitución, de superioridad jerárquica de los tratados por sobre la ley.<sup>30</sup> Recordemos que el fundamento de derecho constitucional positivo en virtud del cual los jueces ordinarios efectúan el control de convencionalidad reside en el artículo 55 de la Constitución, de 4 de octubre de 1958, que establece el principio de conformidad de las leyes o normas de rango legal a los tratados internacionales, los cuales son reconocidos como normas de jerarquía superior a la ley. Este es un principio crecientemente aceptado o admitido por el constitucionalismo comparado y la mayoría de los países lo han reconocido. Así por ejemplo, las Constituciones de Bolivia,<sup>31</sup> Chile,<sup>32</sup> Ecuador<sup>33</sup> y Paraguay.<sup>34</sup>

Un ejemplo de control de convencionalidad efectivamente ejercido se produjo en una serie de casos del año 2011. En efecto, en el mes de abril de 2011, la Corte de Casación francesa —en formación de asamblea plenaria— tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre cuatro casos similares en donde los afectados manifestaban que no habían podido beneficiarse de la asistencia de un abogado desde el comienzo de la detención y durante su interrogatorio ante los funcionarios policiales.<sup>35</sup>

En términos generales, la Corte de Casación sostuvo que los procedimientos de detención conducidos de acuerdo al Código de Procedimiento Penal eran irregulares y no cumplían con el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que consagra el derecho de todas las personas a tener un juicio justo. Por lo tanto, dispuso, en los casos mencionados, que las personas detenidas por la policía debían ser liberadas. En este caso, la Corte efectuó un control de convencionalidad del artículo 63-4 del Código de Procedimiento Penal, que regula la detención, y determinó

que la referida disposición no cumplía con las exigencias del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Uno de estos casos se refería a un recurso de casación de la afectada el cual es finalmente acogido por la Corte, considerando el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos y teniendo presente que los Estados adherentes a esta Convención deben respetar las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, sin esperar a ser atacados delante de ella ni a haber modificado su legislación. Además, la Corte de Casación señaló que para que el derecho a un proceso justo consagrado por el artículo 6, n° 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos sea efectivo y concreto, es necesario, por regla general, que la persona detenida beneficie de la asistencia de un abogado desde el comienzo de la privación de libertad y durante sus interrogatorios.<sup>36</sup> En este caso, el informe del representante del Ministerio Público señaló que

en cuanto al artículo 6, n° 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos y respecto del principio general del derecho a la defensa, derecho esencial del proceso justo, la efectividad de un proceso justo exige, particularmente, que la persona detenida sea asistida por un abogado desde su primer interrogatorio. El recurrente en este caso no benefició de la asistencia de un abogado más que después de su interrogatorio por lo que las exigencias del proceso justo no son cumplidas. Las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos se imponen a los Estados partes o adherentes que tengan disposiciones legislativas análogas a aquellas censuradas por la Corte en el caso concreto. Optando en favor de un error sobre el alcance normativo de los artículos del Código Procesal Penal, la Corte recurrida ha cometido un error de derecho.<sup>37</sup>

Los otros tres casos se referían a recursos interpuestos por el Procurador general en contra de decisiones de la Corte de Apelaciones de Rennes que había dejado sin efecto la detención de los afectados ya que el procedimiento no había sido regular porque ellos no habían beneficiado de la asistencia de un abogado desde el comienzo de la detención y durante su interrogatorio. Los recursos fueron todos rechazados por la Corte de Casación.

En estos casos, la Corte tuvo en consideración que los Estados adherentes a la Convención Europea de Derechos Humanos deben respetar las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, sin esperar a ser atacados delante de ella ni a modificar su legislación para hacerlo. Además, la Corte de Casación agregó que la Corte Europea de Derechos Humanos, en los términos de sus sentencias *Salduz c. Turquía* y *Dayanan c. Turquía*, de 27 de noviembre de 2008 y 13 de octubre de 2009 respectivamente, juzgó que para que el derecho a un proceso justo consagrado por el artículo 6,

n° 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos sea efectivo y concreto, era necesario, por regla general, que la persona detenida pudiera beneficiar de la asistencia de un abogado desde el comienzo de la detención y durante sus interrogatorios.<sup>38</sup>

Un aspecto singular de esta jurisprudencia, que resalta la potencialidad del control de convencionalidad, es que, en el período anterior a la ocurrencia de estos casos, el Parlamento francés había adoptado una modificación legal de las normas que regulaban la detención, adecuándola a las exigencias impuestas por la Convención Europea de Derechos Humanos, y que debía entrar en vigor en junio de 2011. Esta modificación legal autorizaba a los abogados a estar presentes y participar en los procedimientos policiales de detención. En este caso, en la práctica, la Corte de Casación adelantó la puesta en práctica de las garantías contenidas en la modificación legal, aun antes de la entrada en vigor de la referida reforma, aplicando directamente la Convención Europea de Derechos Humanos, a través del test de convencionalidad.

Las sentencias de la Corte de Casación provocaron una inmediata reacción del gobierno francés, que decidió autorizar la presencia de abogados desde el inicio de la detención y durante los interrogatorios y declaraciones. Con todo, la Corte no hizo referencia a la modificación legal que adecuaba las normas sobre detención policial ni mucho menos ordenó la entrada en vigor adelantada de la reforma. No lo hizo ni tenía el poder para hacerlo. En cambio, la Corte de Casación sí recordó en sus decisiones que los Estados partes en la Convención Europea de Derechos humanos, entre ellos, por supuesto, Francia, tenían la obligación de respetar las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, sin tener que esperar una sentencia condenatoria de dicha Corte o esperar a que se adecúe la legislación interna. En último término, la Corte de Casación resolvió que las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la presencia de un abogado durante la detención policial debían tener aplicación inmediata. Las decisiones del tribunal francés son de la máxima importancia en una visión de derecho comparado. Estas decisiones muestran la dinámica más exigente —desde el punto de vista de los derechos humanos— que imprime la realización efectiva de un control de convencionalidad. El control de convencionalidad articula de manera eficiente, en beneficio de la dignidad de la persona humana, el derecho internacional de los derechos humanos con el derecho interno y, desde un punto de vista funcional, la función jurisdiccional internacional y la función jurisdiccional estatal. En la práctica, mediante la técnica del control de convencionalidad, el juez estatal se transforma en el juez de los derechos humanos, o bien, desde el punto de vista de la subsidiariedad, el juez estatal se convierte en el juez de los derechos humanos del derecho común.

De la experiencia de la Corte de Casación que acabamos de describir, podemos extraer diversas consecuencias. En primer lugar, se trata de un efectivo control de convencionalidad respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos. En segundo lugar, la Corte de Casación reitera su rol inmunizador del Estado frente a ataques

ante jurisdicciones internacionales de derechos humanos, rol que desempeñan también todos los jueces nacionales, en cuanto tienen la obligación de impedir que el Estado sea atacado ante la Corte Europea de Derechos Humanos, simplemente mediante el deber de cumplimiento de la Convención y de acatamiento de las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos. En tercer lugar, en estos casos, la Corte de Casación recuerda la jurisprudencia de la Corte Europea y los criterios en ella afirmados. Cabe hacer presente que en la jurisprudencia invocada por la Corte, Francia no era parte y, sin embargo, los jueces de casación extraen las consecuencias para Francia de los fallos pronunciados en contra de terceros Estados. Por último, en todos estos casos, la Corte de Casación reitera el principio —explicitado por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos— de que la protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención Europea debe ser efectiva y concreta, pero no ilusoria ni teórica.

Por otra parte, Francia ha experimentado una interesante evolución en materia de protección efectiva de los derechos fundamentales contenidos tanto en el derecho nacional como en el derecho europeo y el derecho internacional. Ya con la sentencia sobre el tratado sobre la Constitución para Europa de 2004, el Consejo Constitucional había esbozado la posibilidad de convertirse en el juez comunitario del derecho interno y, por lo tanto, de ser el órgano de control del cumplimiento del derecho de la Unión.<sup>39</sup>

Además, debe recordarse que el Consejo Constitucional ha dado pasos hacia convertirse en un verdadero tribunal constitucional clásico e incluso, posiblemente, dotado de atribuciones que superan otros tribunales constitucionales. En efecto, con la reforma constitucional de 23 de julio de 2008, se introdujo un nuevo artículo 61-1 y se modificó el artículo 62 de la Constitución, creando un procedimiento de examen por vía de excepción de la constitucionalidad de las leyes, que se denomina la cuestión prioritaria de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionnalité*).<sup>40</sup> Desde el 1º de marzo de 2010, a través de este mecanismo, todo justiciable puede durante un proceso o gestión invocar la inconstitucionalidad de una disposición legislativa, por medio de una cuestión prioritaria de constitucionalidad. Este mecanismo constitucional reconoce a todo justiciable un derecho nuevo (de acceso a la justicia constitucional) permitiéndole hacer valer los derechos que él extrae de la Constitución.<sup>41</sup> Esta cuestión prioritaria de constitucionalidad es transmitida por el juez de fondo al Consejo de Estado o a la Corte de Casación y luego, en su caso, al Consejo Constitucional en el evento que se cumpla con las condiciones indicadas en la ley orgánica de 10 de diciembre de 2009, relativa a la aplicación del artículo 61-1 de la Constitución.<sup>42</sup> La cuestión de constitucionalidad debe referirse a una norma legal aplicable al juicio o ser el fundamento de la persecución penal. La norma legal atacada no debe haber sido previamente declarada constitucional salvo que haya habido cambio de las circunstancias. La cuestión de constitucionalidad es prioritaria por dos

razones. Por una parte, porque planteada la cuestión ante la instancia debe ser examinada inmediatamente, en forma urgente. Por otra parte, si se recurre a la jurisdicción porque se objeta la constitucionalidad de una ley (cuestión de constitucionalidad) y, al mismo tiempo, porque se objeta la conformidad de la ley a los tratados y acuerdos internacionales (excepción de inconvencionalidad), la jurisdicción debe primero examinar la cuestión de constitucionalidad.<sup>43</sup> Esta prioridad tiende a salvaguardar la superioridad jerárquica del texto constitucional por sobre el derecho internacional convencional y el derecho de la Unión Europea.<sup>44</sup>

El Consejo Constitucional tiene la facultad de invalidar la disposición legal por inconstitucionalidad e indicar los plazos y modos en que dicha invalidación tendrá efecto. Este verdadero control *a posteriori* de constitucionalidad de las normas que realiza el Consejo Constitucional actúa paralela pero prioritariamente ante el control de convencionalidad que realizan los jueces ordinarios. Incluso, en virtud de las nuevas competencias del Consejo Constitucional y debido a un fértil y sano diálogo judicial con la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es posible que el Consejo Constitucional asuma tácitamente un control de convencionalidad y comience a desplazar lentamente el control de convencionalidad —hasta ahora realizado por los jueces ordinarios y administrativos— hacia la jurisdicción constitucional.<sup>45</sup>

Adicionalmente, la idea de la primacía de los derechos humanos se convierte en la piedra angular del orden público internacional tanto como de las democracias constitucionales. Justamente, la Sala Civil de la Corte de Casación francesa se ha negado a reconocer la validez a una sentencia de divorcio pronunciada por un tribunal marroquí porque el procedimiento de divorcio regulado por el código de la familia marroquí no aseguraba el principio de igualdad entre los esposos durante la disolución del matrimonio y, por lo tanto, era contrario al orden público internacional. Dicho principio de igualdad es enunciado por el artículo 5 del Protocolo n° VII, de 22 de noviembre de 1984, adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos, que Francia se ha comprometido a garantizar a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, y forma parte del orden público internacional.<sup>46</sup>

Además, no solo la Sala Civil, como se ha visto precedentemente, ni el pleno, como en los casos de 2011 antes mencionados, se han destacado concretando este control de convencionalidad, sino también la Sala Social de la Corte de Casación francesa. Así, la Corte ha afirmado que, en caso de ausencia de disposición en la convención colectiva acerca del monto de beneficios e indemnizaciones a favor del trabajador en un caso particular, dicho monto debe ser fijado conforme al artículo 11 de la Convención Internacional del Trabajo n° 158, relativo a la cesación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador. En este caso, la Corte hace la afirmación de principio de que el artículo 1°, el artículo 2, párrafo 2, letra b) y el artículo 11 de la Convención Internacional del Trabajo n° 158, relativo a la cesación de la relación de

trabajo a iniciativa del empleador, adoptada en Ginebra el 22 de junio de 1982 y entrada en vigor en Francia el 16 de marzo de 1990, son de aplicación directa ante las jurisdicciones nacionales.<sup>47</sup>

El control de convencionalidad ante la Corte de Casación francesa se realiza evidentemente no solo respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos u otros tratados internacionales, sino además respecto de los Tratados de la Unión Europea. Obviamente, en este caso, existe el poderoso precedente pretoriano del principio de primacía del derecho de la Unión y del efecto directo. Con todo, desde la perspectiva interna, este sigue siendo un control de convencionalidad. Así, la Corte de Casación conoció el caso de un trabajador hombre que alegaba ser víctima de una discriminación en relación con una mujer que se encontraba en su misma situación desde el momento en que había sido privado del beneficio del estatuto de agente permanente de la empresa de trenes y de las ventajas que de ese estatuto se derivan en circunstancias que él cumplía con las condiciones. En este caso, la Corte confirmó que esta discriminación era contraria al Derecho de la Unión. En efecto, la Corte señaló que tal reglamentación era contraria al principio comunitario de igualdad de tratamiento entre trabajadores masculinos y femeninos en materia de empleo y de trabajo tal como resulta del artículo 141, párrafo 4, del Tratado CE, del artículo 3, párrafo 1, y del artículo 2, párrafo 4, de la Directiva 76/207/CEE.<sup>48</sup>

El caso italiano es similar, en parte, y diferente, en otra parte, respecto de la solución francesa. En primer lugar, debe hacerse presente que la Constitución italiana en su artículo 10 inciso 1° expresa el principio de que “el ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas”. En términos relativamente similares, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 contiene una referencia al principio de que “la República Francesa, fiel a sus tradiciones, se conforma a las reglas del derecho público internacional”.<sup>49</sup> Se debe recordar que el Preámbulo de la Constitución de 1946 ha sido incorporado al bloque de constitucionalidad de la Constitución de 1958.

Luego, el artículo 117, inciso 1°, de la Constitución italiana —modificado en el año 2001— dispone que “la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por la Región respetando la Constitución, y también las limitaciones que derivan del ordenamiento de la Unión Europea y de las obligaciones internacionales”. En consecuencia, los acuerdos internacionales ratificados por ley tendrán un rango superior a las demás leyes ordinarias italianas, debido a que una norma constitucional, en este caso el artículo 117, inciso 1°, impone al legislador italiano ejercer su competencia respetando, *inter alia*, el derecho internacional convencional. Por consiguiente, al igual que en el caso francés, con esta disposición constitucional está asegurada la superioridad jerárquica de los tratados internacionales a la ley.

Sin embargo, a diferencia de la solución francesa proporcionada por el Consejo Constitucional, el órgano jurisdiccional constitucional italiano no rechaza efectuar

un control de la conformidad de la ley a los tratados internacionales. En el fondo, este control de la convencionalidad viene impuesto por la Constitución en su artículo 117. La Corte Constitucional opta por la interpretación de que la no conformidad de la ley a un tratado es una violación de la Constitución y, por tanto, ejerciendo primeramente su función de control de constitucionalidad, ejerce al mismo tiempo un control de convencionalidad. En este sentido, Conforti ha afirmado que debe considerarse, por tanto, que está viciada por inconstitucional, por violación indirecta de la Constitución, y puede como tal ser anulada por la Corte Constitucional, la ley ordinaria que no respeta las limitaciones que derivan de un tratado internacional.<sup>50</sup>

Así, en el año 2007, la Corte Constitucional italiana juzgó que el control de la conformidad de las leyes a los tratados internacionales y, particularmente, a la Convención Europea de Derechos Humanos, cuya primacía es de ahora en adelante expresamente prevista en la revisión constitucional de 2001, relevaba de su competencia exclusiva.<sup>51</sup>

El examen de los casos francés e italiano nos ha interesado por dos razones. Por una parte, porque es en Francia donde se ha desarrollado abundantemente la noción de control de convencionalidad, mucho tiempo antes que este concepto fuera adoptado por la Corte IDH. Por otra parte, como se ha visto, la noción de control de convencionalidad ha surgido y ha evolucionado en Francia y, *mutatis mutandis*, en Italia, a partir de las disposiciones de derecho constitucional nacional que consagran la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la ley.

Como se ha observado, en estos casos, el control de convencionalidad no ha tenido, en principio, una vinculación específica con los tratados internacionales de derechos humanos, como sí ha ocurrido en el caso de la doctrina sobre control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH. Aun cuando debe reconocerse que en estos casos los derechos humanos reconocidos en convenciones internacionales (Convención Europea de Derechos Humanos) han sido el caldo de cultivo apropiado para el auge e implementación del control de convencionalidad.

## 2.2 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LAS EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS

Para el examen de las experiencias comparadas en Latinoamérica, cabe tener presente la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A diferencia de los casos de Francia e Italia, cualquier comparación entre los comportamientos constitucionales de los Estados latinoamericanos debe efectuarse actualmente bajo el prisma de la jurisprudencia de la Corte IDH a propósito del control de convencionalidad. Sin duda, esta doctrina ha generado mucho debate en la doctrina latinoamericana y ha influido en uno y otro sentido la actitud adoptada por los diversos órdenes constitucionales nacionales.

Primero, analizaremos algunos ejemplos de Estados en donde no existe un tribunal constitucional encargado de la labor de protección de la Constitución. Luego,

examinaremos algunos ejemplos donde la Constitución ha creado un órgano jurisdiccional especialmente destinado al control de la Constitución.

A diferencia de Francia e Italia, con su Consejo Constitucional y Corte Constitucional, respectivamente, Uruguay no posee un tribunal constitucional. La jurisdicción constitucional y particularmente la función de control de la constitucionalidad de las normas están entregadas a la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.<sup>52</sup>

Asimismo, a diferencia de Francia e Italia, la República de Uruguay no contiene una norma constitucional que establezca la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre la ley. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay ha efectuado, con ocasión del examen de una acción de inconstitucionalidad, un control de convencionalidad, admitiendo implícitamente que las normas constitucionales deben ser interpretadas conforme a los tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, en el caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*, relativo a la ley de amnistía o ley de caducidad del Uruguay, la Suprema Corte de Justicia efectuó un adecuado proceso de control de convencionalidad al declarar inaplicable por inconstitucional las disposiciones de dicha ley, tomando debida cuenta de las obligaciones convencionales del Estado (particularmente, las obligaciones que emanan de la CADH). Respecto de este caso, con posterioridad, la propia Corte IDH admitió expresamente —en el caso *Gelman*— que la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en el caso *Sabalsagaray*, realizó un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, con ocasión de un recurso destinado a efectuar un control de constitucionalidad.<sup>53</sup>

Al igual que Francia y a diferencia de Uruguay, la Constitución argentina contiene claramente una disposición que establece que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes.<sup>54</sup> Pero, además, la Constitución argentina, coincidiendo con una tendencia en Latinoamérica, consagra expresamente el rango constitucional de ciertos tratados de derechos humanos.<sup>55</sup> La Constitución argentina no contempla un modelo específico de control de la constitucionalidad de las normas, ni atribuye esta función a un órgano, por lo que se ha inferido que consagra implícitamente un sistema de control difuso, muy cercano al modelo americano, a partir de los artículos 31 y 75 de la Constitución, que reconocen la jerarquía superior de la Constitución y de los tratados internacionales respecto de la ley. En esta línea, implícitamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en los casos *Ekmekdjian y Simón*, efectuó un control de convencionalidad en el sentido señalado por la Corte IDH.<sup>56</sup>

Igual que en Uruguay y en Argentina, en México, la Constitución no ha creado un tribunal constitucional —como ocurría en los casos de Francia e Italia—. En México, la función última de control de constitucionalidad de las normas ha sido entregada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En México, Uruguay y Argentina, la Constitución no consagra una norma general que reconozca la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a



la ley. En esta línea, aun cuando no resuelve la cuestión del rango jerárquico de los tratados internacionales frente a ley, la Constitución de México considera a los tratados internacionales que se conformen a la Constitución como la Ley Suprema de toda la Unión.<sup>57</sup> Ahora bien, a diferencia de Uruguay y Argentina, la Constitución de México sí consagra una disposición que establece que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.<sup>58</sup> Y, en este sentido, la Constitución mexicana pasa a ser un ejemplo para el constitucionalismo latinoamericano.

En México, los tribunales ejercen un control difuso de constitucionalidad y también de convencionalidad, teniendo la Corte Suprema la facultad de uniformar la jurisprudencia en caso de tesis contradictorias. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce asimismo de la acción de inconstitucionalidad.<sup>59</sup> En consecuencia, finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerce un control de constitucionalidad, pudiendo al mismo tiempo implícitamente ejercer un control de convencionalidad, el cual, como se verá, estará sensiblemente influenciado por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Así, en numerosas ocasiones, los tribunales mexicanos han efectuado expresamente un control de convencionalidad de su derecho interno.<sup>60</sup> Por ejemplo, en un caso donde una persona que trabajaba en la administración del Estado reclama ante el tribunal contencioso administrativo pertinente a propósito de la figura de la “separación voluntaria de la administración”, el tribunal contencioso administrativo se declaró incompetente porque consideraba que se trataba de una materia laboral, puso fin al procedimiento y sobreesayó el asunto. La persona afectada entonces recurrió de amparo por estimar violado, *inter alia*, su derecho al acceso a la justicia. El tribunal colegiado en materia administrativa, en el fallo del recurso de amparo, acogió la petición, consideró violado el derecho al acceso a la justicia contenido en el artículo 17 de la Constitución mexicana y el artículo 25 de la CADH y ordenó al tribunal contencioso administrativo que envíe los antecedentes al tribunal competente en lo laboral. En la parte pertinente, esta sentencia señala:

Por lo tanto, para no violar la garantía de acceso a la justicia, la sala debió declinar el conocimiento del asunto a favor de la autoridad laboral correspondiente [...] Correlativamente, el derecho fundamental de acceso a la justicia no solo se encuentra contenido en el artículo 17 constitucional, sino también en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] En la interpretación que se ha hecho de este numeral por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido criterio sostenido en diversos casos, que para la satisfacción de la prerrogativa de acceso a la justicia no basta con la existencia formal de un

recurso, sino que los mismos deben ser efectivos; es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas y tener plena eficacia restitutoria ante la violación de derechos alegada. [...] Por último y a mayor abundamiento, se han emitido criterios por parte de la Corte Interamericana en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como en el caso lo es la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas de derecho interno y la propia Convención, tomando en cuenta para ello no solo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado, por lo que se estima que la sala debió apearse y buscar en su resolución, garantizar el efectivo acceso a la justicia del gobernado a fin de resolver, de manera efectiva, la controversia planteada.<sup>61</sup>

Incluso más, recientemente, la Suprema Corte de Justicia de México realizó un importante avance en el orden de la garantía de los derechos humanos al disponer que todos los jueces del país deberán “verificar la compatibilidad de sus decisiones con los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte, incluyendo la Convención Americana y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.<sup>62</sup>

Se comprende que la doctrina mexicana se refiere al control difuso de convencionalidad porque México tiene un sistema difuso de control de constitucionalidad de las normas, tomado del modelo americano (cercano al modelo argentino).<sup>63</sup> En ese sentido, la modalidad de aplicación concreta del control de convencionalidad bajo la forma difusa calza con su modelo de control normativo. En el caso de aquellos países que tengan un sistema de control concentrado de las normas, quizás la modalidad más adecuada de control de convencionalidad será aquella que responda a dicho modelo. Sin embargo, todos los órganos del Estado están obligados a actuar conforme a Derecho.<sup>64</sup> Esto último significa actuar con sujeción a las normas formales y materiales en vigor, no solamente la Constitución y la ley, sino sobre todo con sujeción a los derechos humanos. Por esta razón, en la fundamentación del control de convencionalidad, la Corte IDH reconoce que todos los órganos del Estado, incluidos los jueces, como parte del aparato del Estado, están sometidos a la CADH.<sup>65</sup>

Este es un principio básico del constitucionalismo democrático y se reitera de una u otra manera en las constituciones de América. Así, por ejemplo, en los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución de Chile, en el artículo 31 de la Constitución de Argentina, en los artículos 38 y 45 de la Constitución de Perú, en los artículos 5 y 6 de la Constitución de Colombia, y en el sugerente artículo 1° de la Constitución de

México.<sup>66</sup> Por su parte, la Corte IDH ha reconocido el principio del primado del derecho, expresándolo bajo la fórmula de la sumisión al imperio de la ley. La Corte se refiere a las prácticas judiciales internas, tal vez queriendo referirse a la línea de razonamiento y fundamentación seguido en los actos jurisdiccionales de los tribunales domésticos. En este contexto, los jueces interamericanos reconocen que son conscientes de que las autoridades internas en general y los jueces en particular “están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”, es decir, que están obligados a actuar conforme a Derecho.<sup>67</sup>

En Perú, a diferencia de México, Uruguay y Argentina, existe un Tribunal Constitucional encargado del control de constitucionalidad de las normas.<sup>68</sup> Este es un modelo que se asemeja más, como se verá, al de Ecuador y Chile.

La Constitución Peruana no contempla una norma general que establezca, como en Francia, la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la ley. Dicha Carta Fundamental simplemente afirma que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.<sup>69</sup> Del mismo modo, la Constitución peruana establece una norma clara sobre la obligación de interpretar las normas de derechos humanos conforme a los tratados internacionales de derechos humanos, muy similar a la disposición del artículo 1º, inciso 2º, de la Constitución mexicana.<sup>70</sup> Con todo, el Tribunal Constitucional peruano, ejerciendo sus funciones de control de la Constitución, ha asumido de hecho la competencia del control de convencionalidad.

Así, un control de esta naturaleza se produjo en el caso de *Wong Ho Wing*, un ciudadano de nacionalidad china que se encontraba físicamente en Perú y respecto de quien China solicitaba la extradición. El ciudadano chino corría grave riesgo de ser condenado a pena de muerte si era extraditado a China. En este contexto, el Estado de Perú estaba vinculado por un tratado de extradición entre Perú y China y por las disposiciones protectoras de la CADH. El Tribunal Constitucional de Perú conoció del caso con dos sentencias adoptadas respectivamente, el 24 de mayo y el 9 de junio de 2011, y ejerció expresamente un control de convencionalidad, disponiendo que el Estado se abstuviera de extraditar al señor Wong Ho Wing y que se procediera a juzgarlo por representación en Perú. Así, en la primera de estas sentencias, el Tribunal Constitucional de Perú expresó:

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que los artículos 4 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen la obligación internacional de los Estados parte de “no someter a una persona al riesgo de aplicación de la pena de muerte vía extradición”.

En buena cuenta, el Estado peruano tiene dos obligaciones que, supuestamente, debe cumplir. De una parte, tiene la obligación de

extraditar al señor Wong Ho Wing en virtud del Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República Popular China. De otra parte, también tiene la obligación de no someter al señor Wong Ho Wing al riesgo de aplicación de la pena de muerte vía extradición y de juzgarlo por los delitos por los cuales se le pretende extraditar.

Aparentemente, las obligaciones antes descritas son incompatibles entre sí, pues de hacerse efectiva la extradición del señor Wong Ho Wing, el Estado peruano se encontraría impedido de juzgarlo. En sentido contrario, si el Estado peruano decide juzgar al señor Wong Ho Wing se encontraría impedido de extraditarlo, pues prefiere salvaguardar la protección del derecho a la vida. Este aparente conflicto de obligaciones debe ser resuelto teniendo presente la protección del derecho a la vida del señor Wong Ho Wing, que también es una obligación impuesta al Estado peruano en mérito de los artículos 4 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>71</sup>

Este mismo asunto había sido objeto de solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este contexto, la Corte IDH decretó medidas provisionales solicitadas por la CIDH. En el control de estas medidas provisionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos alaba el control de convencionalidad realizado por el Tribunal Constitucional de Perú y, finalmente, levanta las medidas provisionales decretadas en este caso.<sup>72</sup> Efectivamente, la Corte Interamericana se pronuncia de la siguiente manera:

La Corte Interamericana valora positivamente el control de convencionalidad realizado por el Tribunal Constitucional del Perú en el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el presente procedimiento provisional.

Asimismo, sin perjuicio de la conclusión de las presentes medidas provisionales, la Corte Interamericana recuerda que los Estados tienen el deber constante y permanente de cumplir con las obligaciones generales que le corresponden bajo el artículo 1.1 de la Convención, de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.<sup>73</sup>

Además, la Corte IDH agrega que estas obligaciones generales que se desprenden del artículo 1.1 de la Convención Americana “se imponen no solo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares”.<sup>74</sup>

De manera muy similar a Perú, la Constitución de Ecuador establece un sistema de control de la constitucionalidad concentrado, entregado al Tribunal Constitucional.

Un rasgo digno de ser destacado es que la Constitución de Ecuador incorpora un capítulo específico relativo a los tratados internacionales, del mismo modo que ocurre con la Constitución de Perú y la Constitución francesa.<sup>75</sup> Al igual que en el caso francés, pero a diferencia del caso peruano, la Constitución ecuatoriana prevé una norma específica relativa al rango jerárquico de los tratados internacionales en el orden jurídico ecuatoriano.<sup>76</sup> En Ecuador, los tratados internacionales se encuentran bajo la Constitución y por encima de las normas legales.

Sin embargo, la Constitución ecuatoriana establece en forma específica, como ocurre, *mutatis mutandis*, en Argentina, una disposición constitucional que consagra la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, el artículo 424, inciso 2º, establece que lo siguiente: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

De manera similar, como ocurre con las Constituciones francesa e italiana, la Constitución de Ecuador reconoce extensamente al derecho internacional como norma de conducta para el Estado.<sup>77</sup> Además, como ha sido la tendencia en Latinoamérica, y lo prueba el caso mexicano con su artículo 1º, inciso 2º, de la Constitución y el peruano con su Disposición Final Cuarta, la Constitución de Ecuador consagra una regla de aplicación e interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos, cuya aplicación directa se efectuará “siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución”.<sup>78</sup> Así, el Tribunal Constitucional de Ecuador ha tenido la oportunidad, con ocasión del control de la Constitución, de efectuar un efectivo control de convencionalidad.<sup>79</sup>

Dentro del Título relativo a las garantías constitucionales, la Constitución de Ecuador consagra el principio de supremacía jerárquica de los tratados internacionales por sobre la ley. En efecto, el artículo 84 de dicha Carta Fundamental señala: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.<sup>80</sup> Este artículo de la Constitución Ecuatoriana es coincidente —en el principio de fondo que dicha disposición recoge— al artículo 117, inciso 1º, de la Constitución italiana.

En efecto, el presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, y el presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui-Victoria del Portete de la Provincia del Azuay solicitaron el examen de constitucionalidad de la Ley Minera debido al no cumplimiento de las normas constitucionales

y sobre todo de los estándares fijados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales para proceder a la consulta indígena. En 2010, el Tribunal Constitucional ecuatoriano determinó que la referida ley debía ser interpretada de conformidad con las exigencias provenientes de los tratados internacionales y, además, condicionó su constitucionalidad al cumplimiento de ciertas exigencias mínimas en materia de consulta y participación indígena provenientes de los tratados de derechos humanos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ecuatoriano señaló:

Esta Corte, tomando como base a la Constitución de la República, instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador en la materia y jurisprudencia nacional e internacional, procederá a identificar algunos estándares relevantes y provisionales para dotar de eficacia y aplicación práctica a la consulta prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Carta Fundamental, ante la ausencia de norma infraconstitucional en la materia.<sup>81</sup>

Por su parte, Chile se caracteriza por lo escueto de sus disposiciones constitucionales referidas a los tratados internacionales y al derecho internacional, lo que tal vez condiciona la actitud de jueces, legisladores, servidores públicos y abogados.

El ordenamiento constitucional chileno no contiene una cláusula expresa que reconozca la jerarquía superior de los tratados internacionales frente a la ley, aun cuando el artículo 54, n° 1, de la Constitución permite acercarse a esta interpretación. En efecto, el artículo 54, n° 1, inciso 5°, de la Constitución chilena señala: “Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dado señales en este sentido.<sup>82</sup>

Además, en el caso concreto de los tratados internacionales de derechos humanos, el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución señala: “El ejercicio de la soberanía reconoce único como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. El artículo 5° de la Constitución chilena ha generado gran debate doctrinario y ha servido, para los partidarios de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, como un argumento de derecho positivo para fundar su interpretación. Esta disposición ha permitido en ocasiones requerir al Tribunal Constitucional un control de la constitucionalidad de las normas legales, pero usando como parámetro, incorporado en el referido artículo 5°, a los tratados internacionales de derechos humanos.

En el caso de Chile, el guardián de la Constitución por excelencia es el Tribunal Constitucional, como así mismo, de una manera particular, los tribunales ordinarios por la vía de los recursos de amparo y de protección.<sup>83</sup> Por esta razón es que se habla en doctrina de la existencia de un sistema de jurisdicción compartida en el control de constitucionalidad.<sup>84</sup> El juez nacional tiene la posibilidad de plantearle a través del control de constitucionalidad al tribunal constitucional la inaplicabilidad de una norma por inconstitucionalidad cuando se trate de un asunto de que esté conociendo. Con ese mismo expediente, todo juez nacional puede plantearle al Tribunal Constitucional que ejerza el control de convencionalidad a través del respectivo requerimiento de inaplicabilidad.<sup>85</sup> Un control de esta naturaleza por parte del Tribunal Constitucional chileno ya se ha esbozado y concretado en diversas causas, tales como el caso del derecho a la personalidad y a la identidad personal.<sup>86</sup>

En efecto, el Tribunal Constitucional chileno implícitamente efectuó un control de convencionalidad en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel al declarar inaplicable el artículo 206 del Código Civil, por no encontrarse conforme con el artículo 18 de la CADH y el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con la cláusula de apertura del artículo 5° de la Constitución.<sup>87</sup> Otro caso en que el Tribunal Constitucional chileno utilizó como parámetro de constitucionalidad no ya la Constitución propiamente tal sino que además un tratado internacional de derechos humanos es, de manera matizada, el caso de la ley de responsabilidad penal adolescente.<sup>88</sup>

En todos estos casos en que la Constitución le asigna la tarea de velar por la constitucionalidad de las normas a un tribunal constitucional, se podría sostener que el juez constitucional ha realizado un control de constitucionalidad y, al mismo tiempo, un control de convencionalidad, produciéndose una especie de desdoblamiento funcional de sus competencias en un sentido cercano a aquel que Georges Scelle y, más modernamente, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea le han asignado.<sup>89</sup>

En resumen, en Uruguay la Suprema Corte de Justicia ha ejercido el control de convencionalidad mientras que la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina —influenciada por el modelo americano— deja a cada juez el cuidado de la convencionalidad, al igual que ocurre con el caso Mexicano. En Perú y en Ecuador cuentan con un Tribunal o Corte constitucional encargado del control de la Constitución y estos últimos, a su vez, han asumido el control de convencionalidad. En el caso chileno, que como en Perú y Ecuador, cuenta con un modelo de Tribunal Constitucional, el control de convencionalidad asoma tímidamente en la función de la jurisdicción constitucional, aun cuando en ocasiones los jueces ordinarios también reivindican el control de convencionalidad.

## CONCLUSIÓN

Existen ejemplos concretos, tanto en Europa como en América Latina, de casos de control de convencionalidad efectivamente realizados, lo cual no hace sino reforzar la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la doctrina del control de convencionalidad. De acuerdo con los casos analizados, la forma de concretar el control de convencionalidad es variopinta y ello depende de las distintas soluciones nacionales que se adopten, ya sea expresamente en la Constitución o por vía pretoriana. Y creemos que es bueno que la forma de poner en práctica el control de convencionalidad dependa de las distintas soluciones nacionales, porque ello respeta la libertad y la diversidad jurídica constitucional nacional.

A diferencia de lo planteado por algunos autores, no vemos inconvenientes insuperables en la aplicación práctica del control de convencionalidad ya sea que el sistema de control de constitucionalidad —que haya adoptado el país en cuanto al órgano que la ejerce— sea uno concentrado, difuso o mixto.<sup>90</sup> Recordemos que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad son procedimientos similares, que comparten elementos comunes, pero no idénticos.<sup>91</sup>

Es indudable que aquellos Estados cuya Constitución incorpora en su dispositivo la regla de la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la ley y, además, la regla de la interpretación de los derechos humanos de conformidad a los tratados internacionales de derechos humanos, tienen mayor facilidad para realizar un control de convencionalidad en su orden interno. En estos casos, el fundamento de base para justificar el control de convencionalidad se encuentra en la misma Constitución.

En cambio, en aquellos Estados que no han incorporado en su Constitución disposiciones como las mencionadas en el párrafo anterior, pueden encontrar el fundamento del control de convencionalidad en la obligación internacional que emanan del compromiso del Estado de dar cumplimiento a los tratados internacionales y de adecuar su derecho interno a las obligaciones internacionales voluntariamente adquiridas por el Estado.

El control de convencionalidad y el debate que él ha generado dejan en evidencia los esfuerzos que se realizan para ir acomodando en el orden estatal la interacción e interrelación, cada vez más intensa, entre diversos órdenes jurídicos. En el mundo contemporáneo, el Estado no tiene el monopolio exclusivo de la creación del Derecho aplicable dentro de su jurisdicción. El control de convencionalidad es quizás una expresión más de la actual búsqueda de explicación y de ajuste —en la arquitectura jurídica estatal— de normas que tienen su origen en otro orden jurídico diverso del estatal y que lo penetran. El control de convencionalidad se convierte así en una respuesta por parte del juez nacional cuando se encuentra enfrentado a un orden normativo plural. Queda por ver qué otras soluciones jurídicas serán desarrolladas en los órdenes estatales para ir ajustando la estructura jurídica nacional a la aplicación de normas provenientes no ya solo del orden internacional, sino también



del indígena, o —si progresan lo suficiente los procesos de integración latinoamericanos— del orden regional.

: ARTIGO APROVADO [02/12/2013] : RECEBIDO EM 27/07/2013

## NOTAS

1 Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154, par. 124.

2 Corte IDH: *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C n° 238, par. 93; Cfr. Corte IDH: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n° 220, par. 225.

3 “Malgré des différences apparentes, ce contrôle de conventionnalité nous paraît, en effet, s'apparenter très largement à un contrôle de constitutionnalité des lois.” Duthéillet de Lamothe, Olivier: “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité”, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris: Dalloz, 2007.

4 “[A] referirse a un ‘control de convencionalidad’ la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. [...] De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.” Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n° 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 2.

5 Dubout, Edouard: “De la primauté ‘imposée’ à la primauté ‘consentie’ – Les incidences de l’inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l’Europe”, Docteur en Droit public, CREDHO-Rouen, p. 18. Disponible en: <<http://www.afdc.fr/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acceso el: 22 nov. 2011.

6 “Tendo em vista a necessidade de haver um Controle de Constitucionalidade para que as normas infraconstitucionais estejam de acordo com a Constituição, também deverá ter um Controle de *Convencionalidade*, de modo que as novas normas infraconstitucionais também estejam de acordo com as normas supralegais, ou seja, os Tratados Internacionais.” Assis de Andrade, Gabriel Ricardo. “Aspectos Gerais da Inconstitucionalidade da Prisão Civil do Depositário Infiel e do Controle de Convencionalidade”. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, vol. 5 (segundo semestre de 2009), p. 157-175.

7 “C’est pourquoi, la primauté du droit communautaire, et c’est là sa spécificité, doit être considérée non pas seulement comme une règle de conflit de normes, mais aussi comme une norme autonome d’*habilitation* au profit du juge interne. Elle génère alors un dédoublement fonctionnel des compétences de celui-ci, parfois qualifié pour cette raison de ‘juge communautaire de droit commun’”. La expresión es utilizada por el juez de primera instancia, TPICE, 10 juillet 1990, *Tetra Pack Rausing SA c/ Commission*, aff. T 51/89, *Rec.*, p. II-309, spéc. point 42; Dubout, Edouard: “De la primauté ‘imposée’ à la primauté ‘consentie’ – Les incidences de l’inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l’Europe”, *Docteur en Droit public, CREDHO-Rouen*. Disponible en: <<http://www.afdc.fr/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acceso el: 22 nov. 2011.

8 Vid. Scelle, Georges: *Précis de droit des gens. Principes et systématique* (vol. I) (Paris: Sirey, 1932), p. 43, 54-56, 217; (vol. II) (1934), p. 10, 319, 450; Cassese, Antonio: "Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (*dédoublement fonctionnel*) in International Law". *European Journal of International Law*, (1990), p. 210-231; Cfr. también TPICE, 10 juillet 1990, *Tetra Pack Rausing SA c/ Commission*, aff. T 51/89, *Rec.*, p. II-309, spéc. point 42 .

9 "Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos." Corte IDH: *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n° 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, par. 5.

10 Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n° 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 11.

11 "La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el 'criterio de interpretación y aplicación', este sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida —insisto— merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales." Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n° 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 8.

12 Corte IDH: *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n° 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, par. 6.

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

14 "La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar." Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n° 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 9.

15 "Ciertamente, esos 'estándares' internacionales coinciden en muy amplia medida, o acaso totalmente, desde la perspectiva de las normas vigentes, con los propósitos y los mandamientos recogidos por los ordenamientos supremos nacionales, e incluso por gran parte de la legislación secundaria. Es preciso desplegar, por ende, la voluntad política y jurídica de los Estados que suprima de una vez las violaciones más frecuentemente observadas y acredite el ingreso a nuevas etapas en la tutela de los derechos fundamentales. De lo contrario, seguiremos encontrando los mismos hechos violatorios, exponiendo los mismos argumentos y emitiendo las mismas opiniones o resoluciones, sin que esto cale tan profundamente como debiera en la vida de nuestras naciones." Corte IDH: *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n° 114. Voto concurrente razonado del juez

Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, par. 9.

16 “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” CADH suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

17 Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154, pars. 121-123.

18 Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154, par. 125; “Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.” Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

19 Sobre el origen y el concepto de bloque de constitucionalidad, vid. Carcassone, Guy: *La Constitution*. Paris: Seuil, 10ème édition, 2011, p. 286-287; “[E]n ce qui concerne les droits fondamentaux, les normes de références du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité des lois au fond sont à peu près les mêmes [...] L’addition des exigences prescrites par les traités applicables au sein de l’ordre juridique français fournit une liste de droits supérieure ou égale à celle que donne notre bloc de constitutionnalité”. Bechillon, Denys de: “De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)”. *Revue Française de Droit Administratif* (1998), p. 225.

20 “Article 55: Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.” Constitución francesa de 4 de octubre de 1958.

21 Conseil Constitutionnel: Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975. *Loi relative à l’interruption volontaire de la grossesse*; Dubout, Edouard: “De la primauté ‘imposée’ à la primauté ‘consentie’ – Les incidences de l’inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l’Europe”, Docteur en Droit public, CREDHO-Rouen, p. 17. Disponible en: <<http://www.afdc.fr/congresmp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acceso el: 22 nov. 2011.

22 Olivier Dutheillet de Lamothe: “Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France”. Membre du Conseil constitutionnel Français, p. 2. Disponible en: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/madrid\\_odutheillet\\_avril\\_2009.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf)>. Acceso el: 21 jul. 2011.

23 Sudre, Frédéric: “La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux”. Cabrillac, Rémy et al.: *Libertés et droits fondamentaux*. Paris: Dalloz, 17 édition, 2011, p. 35-55, especialmente p. 41; Chapus, René: *Droit administratif général*. Tome 1. Paris: Montchrestien, 15 édition, p. 156.

24 Chapus, René: *Droit administratif général*. Tome 1. Paris: Montchrestien, 15 édition, p. 158.

25 “Il aurait été pourtant parfaitement envisageable d’estimer que la conformité de la loi aux traités internationaux est une exigence constitutionnelle en vertu de l’article 55, et qu’il appartient donc au Conseil constitutionnel d’en vérifier le respect. La conséquence aurait été évidemment d’ouvrir le bloc de constitutionnalité au droit d’origine conventionnelle, ce qui, il faut le reconnaître, aurait compliqué singulièrement le contrôle *a priori* de la loi qui se doit pour cette raison d’être à la fois objectif, définitif, et rapide.” Dubout, Edouard: “De la primauté ‘imposée’ à la primauté ‘consentie’ – Les incidences de l’inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l’Europe”, Docteur en Droit public, CREDHO-Rouen, p. 17. Disponible en: <<http://www.afdc.fr/congresmp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acceso el: 22 nov. 2011.

26 “Cette normativité elle-même se trouve atteinte, de l’extérieur cette fois, depuis que le contrôle diffus de conventionnalité concurrence le contrôle de conformité à la Constitution et que l’emprise des cours de Strasbourg et de

Luxembourg s'étend à la jurisprudence du Conseil constitutionnel." Avril, Pierre: "Enchantement et Désenchantement Constitutionnels sous la Ve République". *Pouvoirs*, n° 126, 2008/3, p. 5-16, especialmente p. 15.

27 "On sait que la Cour de cassation, depuis 1975, et le Conseil d'État, depuis 1989, acceptent d'écarter la loi postérieure contraire à un traité antérieur en cas de contrariété entre les deux. Précisons que ce contrôle de conventionnalité ne découle aucunement de ce que les traités exprimeraient la volonté générale mais de ce que le juge se sent constitutionnellement tenu de les faire prévaloir sur la loi en vertu de la Constitution (art. 55). C'est également en vertu de cette supériorité incontestée de la Constitution que les juges se refusent à examiner le moyen tiré de la contrariété entre une disposition constitutionnelle et un traité international." Brunet, Pierre: "Que reste-t-il de la volonté générale?", en *Pouvoirs*, n° 114, 2005/3, p. 5-19, especialmente p. 9; Vid. CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, et Cass., plén., 2 juin 2000, *Mademoiselle Fraisse*.

28 Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale, par. 12.

29 Décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998, Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994, par. 5; Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992.

30 "La Convention européenne, dont les droits qu'elle consacre sont bien souvent les mêmes que ceux protégés au niveau constitutionnel dans l'ordre interne, prévaut à l'encontre d'une loi qui lui serait contraire. À ce titre, un ancien premier avocat général à la Cour de cassation a montré comment, sous couvert de contrôle de conventionnalité, la Haute Juridiction [La Cour de cassation] procédait souvent, en réalité, à un contrôle de constitutionnalité honteux, puisque déguisé. La solution est d'autant moins justifiée qu'elle revient, comme par transitivité, à prêter davantage d'effet au texte international qu'à la Constitution elle-même." Molfessis, Nicolas: "Loi et jurisprudence", en *Pouvoirs*, n° 126, 2008/3, p. 87-100, especialmente, p. 99; Le Conseil d'Etat l'a, depuis, explicitement admis dans l'arrêt précité Deprez et Baillard du 5 janvier 2005 qui, pour la première fois, fait la théorie complète: "Considérant que l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation; qu'il ressort des débats tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application; Considérant cependant, que pour la mise en oeuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article". Dutheillet de Lamothe, Olivier: "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité". *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris: Dalloz, 2007.

31 "Artículo 410. [...] II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.
  2. Los tratados internacionales
  3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena
  4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes."
- Constitución de la República de Bolivia de 2009.

32 "Artículo 54. Son atribuciones del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley. [...]

Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional. [...]" Constitución Política de la República de Chile de 1980.

33 "Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los

decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.” Constitución de la República Ecuador de 2008.

34 “Artículo 137. De la supremacía de la Constitución.

La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.” Constitución Política de la República de Paraguay de 1992.

35 Arrêt de la Chambre Criminelle du 19 octobre 2010 (Pourvois n° 10-82.902, 10-85.051, 10-82.306) – Cour de cassation – Chambre criminelle; Cfr. Avis de Mme Petit, Premier avocat général. Arrêt n° 589 du 15 avril 2011 (Pourvoi 10-17.049) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Cassation sans renvoi.

36 Arrêt n° 589 du 15 avril 2011 (Pourvoi 10-17.049) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Cassation sans renvoi.

37 Cfr. Avis de Mme Petit, Premier avocat général. Arrêt n° 589 du 15 avril 2011 (Pourvoi 10-17.049) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Cassation sans renvoi. T. del A.

38 Arrêt n° 590 du 15 avril 2011 (10-30.242) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Rejet; Arrêt n° 591 du 15 avril 2011 (10-30.313) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Rejet; Arrêt n° 592 du 15 avril 2011 (10-30.316) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Rejet.

39 Dubout, Edouard: “De la primauté ‘imposée’ à la primauté ‘consentie’ – Les incidences de l’inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l’Europe”, Docteur en Droit public, CREDHO-Rouen, p. 19. Disponible en: <<http://www.afdc.fr/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acceso el: 22 nov. 2011.

40 Vid. Guillaume, Marc: “La question prioritaire de constitutionnalité”. *Justice et Cassation, Revue Annuelle des Avocats au Conseil d’État et à la Cour de Cassation*, 2010; Vid. Guillaume, Marc: “QPC: textes applicables et premières décisions”. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29 – octobre 2010, p. 1-27.

41 La question de constitutionnalité “confère au justiciable le droit, jusqu’alors inexistant, de demander l’abrogation de la loi. C’est en quelque sorte un recours préalable en abrogation.” Vid. Guillaume, Marc: “La question prioritaire de constitutionnalité”. *Justice et Cassation, Revue Annuelle des Avocats au Conseil d’État et à la Cour de Cassation*, 2010, p. 3.

42 “On aurait pu la souhaiter autre, autorisant le *contrôle diffus* qui aurait permis à toutes les juridictions, sous le contrôle de celles qui leur sont supérieures et du Conseil constitutionnel, de veiller au respect de la Constitution comme elles veillent déjà au respect des conventions internationales. Le constituant a fait un choix plus restrictif, reprenant le mécanisme que Robert Badinter avait proposé en 1990.” Carcassone, Guy: *La Constitution*. Paris: Seuil, 10<sup>ème</sup> édition, 2011, p. 295.

43 Vid. “Pourquoi la question est-elle qualifiée de ‘prioritaire’?”. Disponible en: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/12-questions-pour-commencer.47107.html#1>>. Acceso el: 6 dic. 2011. La question prioritaire de constitutionnalité “a été rendue prioritaire en ceci qu’elle doit être traitée dès qu’elle est posée, à quelque stade de la procédure que l’on soit. Cela ne nuit en rien aux autres contrôles ni ne les retarde (priorité n’est pas supériorité), notamment celui de conventionnalité qui peut être déclenché à tout moment pertinent, mais cela accélère celui-ci pour lequel la loi organique a voulu tracer une voie rapide.” Carcassone, Guy: *La Constitution*. Paris: Seuil, 10<sup>ème</sup> édition, 2011, p. 296.

44 Simon, Denys et Rigaux, Anne: “La priorité de la QPC: harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés”. *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29 – octobre 2010, p. 1-21.

45 Vid. Conseil constitutionnel, déc. 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC; Cfr. Avis de Mme Petit, Premier avocat général. Arrêt n° 589 du 15 avril 2011 (Pourvoi 10-17.049) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Cassation sans renvoi.

46 Arrêt n° 1179 du 4 novembre 2009 (08-20.574) – Cour de cassation – Première chambre civile. Rejet.

47 Arrêt n° 906 du 29 mars 2006 (04-46.499) – Cour de cassation – Chambre sociale. Cassation partielle.

48 Arrêt n° 2732 du 18 décembre 2007 (06-45.131). Cour de cassation - Chambre sociale. Rejet.

49 “La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international.” Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, Constitution française de 1958.

50 Conforti, Benedetto: *Diritto internazionale*. VII edizione, Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 292.

51 Vid. Sentencia de la Corte Constitucional de 22 de octubre 2007 n° 348 en el caso *R.A. c. Comune di Torre Annunziata; Comune di Montello c. A.C.; M.T.G. c. Comune di Ceprano*; Sentencia de la Corte Constitucional del 22 de octubre de 2007 n° 349 en el caso *E.P. ed altri c. Comune di Avellino e altro; A.G. ed altri c. Comune di Leonforte e altro*; Olivier Dutheillet de Lamothé: “Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France”. Membre du Conseil constitutionnel Français, p. 3. Disponible en: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/madrid\\_odutheillet\\_avril\\_2009.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf)>. Acceso el: 21 jul. 2011.

52 Vid. Capítulo IX, Constitución de Uruguay de 1967.

53 Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C n° 221, par. 239; Cfr. Suprema Corte de Justicia de Uruguay: Caso “Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela – Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”, sentencia n° 365, de 19 de octubre de 2009.

54 Vid. Artículo 75, n° 22, inciso primero. Constitución de la Nación Argentina (1994).

55 “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.” Vid. Artículo 75, n° 22, inciso segundo. Constitución de la Nación Argentina (1994).

56 Vid. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.*, Causa 17.768, Resolución de 14 de junio de 2005; Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina: *Caso Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros*. Corte Sup., 07/07/1992. Fallos: 315:1492, para. 18.

57 “Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformada.

58 Vid. Art. 1°, inciso 2°, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformada.

59 Vid. Capítulo IV. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformada.

60 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 131, mayo-agosto 2011, p. 917-967; Vid. Corte IDH: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n° 220. Voto razonado del Juez ad-hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, pars. 13 et seq.

61 “Control de convencionalidad. Extracto de la Sentencia del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, México, 21 de enero de 2010”. *Dialogo Jurisprudencial*, n° 7, julio-Diciembre 2009. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dialjur/cont/7/cnt/cnt7.pdf>>. Acceso el: 20 jul. 2011. Vid. “Control de convencionalidad de normas jurídicas internas. Extracto de la Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, México, 2 de julio de 2008”. En *Dialogo Jurisprudencial*, núm. 6, enero-junio 2009. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dialjur/cont/6/cnt/cnt6.pdf>>. Acceso el: 20 jul. 2011.

62 “Según la información enviada a la CIDH por la Misión Permanente de México ante la OEA, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió el 12 de julio de 2011 adoptar como criterio orientador la restricción del fuero militar en los casos en que elementos de las fuerzas armadas cometan violaciones a los derechos humanos. Esta decisión debe ser aplicada por todos los jueces del país. Asimismo, la Suprema Corte decidió que los jueces federales y locales deberán verificar la compatibilidad de sus decisiones con los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte, incluyendo la Convención Americana y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta determinación se basó en el análisis de la sentencia emitida en noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, ocurrida en 1974, en el estado de Guerrero.” Comunicado de Prensa n° 73/11. *Importantes avances en materia de derechos humanos en México*. Disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/73-11sp.htm>>. Acceso el: 22 jul. 2011. “La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) publicó en el Diario Oficial de la Federación la condena que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra el Estado mexicano por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, perpetrada por militares el 25 de agosto de 1974. De esta forma, [...] reiteró la obligatoriedad del Estado mexicano de dar cumplimiento a las sentencias de este órgano internacional, tras hacer públicas las conclusiones sobre el caso llamado Radilla. Juan Silva Meza, ministro presidente de la SCJN, comentó que la publicación el diario oficial ‘significa la novación del sistema de impartición de justicia para el país’. Agregó que (sic) todos los jueces mexicanos, en acatamiento a las obligaciones que nos comprometen en el sistema interamericano, deberemos hacer valer, los derechos humanos de todas las personas en el ámbito de nuestras respectivas competencias.” Publican SCJN condena por desaparición forzada de Rosendo Radilla. Disponible en: <<http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/46f733b722786809300b7917bc2fef11>>. Acceso el: 23 nov. 2011.

63 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 131, mayo-agosto 2011, p. 917-967.

64 “[...] lo que corresponde al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19, n° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19, n° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano.” Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de Diputados para que se declare la inconstitucionalidad del número 3° del artículo único del Proyecto de Ley modificatorio de la Ley n° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23, n° 1, del citado cuerpo legal*. Rol n° 786-07. Sentencia de fecha 13 de junio de 2007. Considerando trigésimo.

65 Vid. Corte IDH: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n° 216, par. 219; Corte IDH: *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C n° 217, par. 202.

66 “Artículo 1° En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformada en 2011.

67 Vid. Corte IDH: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n° 216, par. 219; Corte IDH: *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de septiembre de 2010 Serie C n° 217, par. 202.

68 Vid. Artículo 201°. Constitución Política del Perú de 1993.

69 Vid. Artículo 55°. Constitución Política del Perú de 1993.

70 “Disposición final Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.” Constitución Política del Perú de 1993.

71 Tribunal Constitucional de Perú: *Luis Lama Puccio a favor de Wong Ho Wing*. Recurso de agravio constitucional. Exp. n° 02278-2010-PHC/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional (sesión Pleno Jurisdiccional) de 24 de mayo de 2011. Considerando sexto y séptimo.

72 Corte IDH: *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa*. Medidas provisionales respecto de la República Federativa de Brasil. Resolución de 1 de septiembre de 2011, par. 5. *Cfr. Caso Carpio Nicolle*. Medidas Provisionales respecto de Guatemala. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2009, Considerando decimocuarto; *Asunto de la Fundación de Antropología Forense de Guatemala*. Medidas Provisionales respecto de Guatemala. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011, Considerando segundo, y *Asunto de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela*, Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2011, Considerando cuarto.

73 Corte IDH: *Caso Wong Ho Wing*. Medidas Provisionales respecto de la República del Perú. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2011, Considerando undécimo; *Cfr. Corte IDH: Caso Velásquez Rodríguez*. Medidas Provisionales respecto de Honduras. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de enero de 1988, Considerando tercero; Corte IDH: *Asunto Fundación de Antropología Forense*. Medidas Provisionales respecto de Guatemala. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011, Considerando cuadragésimo primero; y Corte IDH: *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa*. Medidas Provisionales respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1° de septiembre de 2011, Considerando vigésimo tercero.

74 Corte IDH: *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa*. Medidas provisionales respecto de la República Federativa de Brasil. Resolución de 1° de septiembre de 2011, Considerando vigésimo tercero; Corte IDH: *Asunto de determinados Centros Penitenciarios de Venezuela*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2011, Considerando tercero; *Cfr. Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008, Considerando undécimo; *Asunto Alvarado Reyes*, *supra* nota 1, Considerando vigésimo cuarto, y *Asunto del Internado Judicial de Ciudad Bolívar “Cárcel de Vista Hermosa”*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de mayo de 2011, Considerando décimo sexto.

75 Título VIII, Capítulo segundo. Constitución de la República de Ecuador de 2008.

76 “Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los



decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.” Constitución de la República de Ecuador de 2008.

77 Vid. Artículo 416. Constitución de la República de Ecuador de 2008.

78 “Art. 426. Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.” Constitución de la República de Ecuador de 2008.

79 “Art. 428. Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.” Constitución de la República de Ecuador de 2008; Vid. Además, artículos 436 y 438 de la Constitución de Ecuador.

80 Vid. Artículo 84. Constitución de la República de Ecuador de 2008.

81 Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia 001-10-SIN-CC; 18 marzo de 2010 (Casos n. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados)), p. 52.

82 Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad de Ópticas Santa Victoria Limitada y Jeanny Meneses Cubides respecto de los artículos 113, inciso primero, 128, inciso primero y 129, inciso final, todos del Decreto con Fuerza de Ley n° 725 del año 1967, publicado en el Diario Oficial el 31 de enero de 1968, aprobatorio del Código Sanitario, en causa caratulada “Óptica Santa Victoria Ltda. con Secretaría Ministerial de Salud de la Región Metropolitana”, del 29° Juzgado Civil de Santiago, Rol n° 20.734-2006. Rol n° 804-2007. Sentencia de fecha 28 de diciembre de 2007. Considerando décimo segundo.*

83 Cea Egaña, José Luis: “Praxis del control de constitucionalidad en Chile”. Conferencia ofrecida ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el Palacio de esa Magistratura en Brasilia, jueves 27 de septiembre de 2007, p. 4. Disponible en: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte\\_pt\\_br/anexo/La\\_praxis\\_del\\_control\\_de\\_constitucionalidad\\_en\\_Chile.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/La_praxis_del_control_de_constitucionalidad_en_Chile.pdf)>. Acceso el: 6 dic. 2011. Cazor Aliste, Kamel. *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*. Tomo II. Santiago: Universidad Central de Chile, 2002, p. 87-97; Peña González, Carlos. *Práctica constitucional y derechos fundamentales*. Santiago: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996, p. 151-153.

84 Vid. “El Tribunal Constitucional en Chile”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 2, Enero/Diciembre de 1998, p. 75-104, especialmente, p. 78. Nogueira Alcalá, Humberto. “El Tribunal Constitucional chileno”. VV.AA.: *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 116.

85 Cea Egaña, José Luis. “Praxis del control de constitucionalidad en Chile”. Conferencia ofrecida ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el Palacio de esa Magistratura en Brasilia, jueves 27 de septiembre de 2007, p. 5. Disponible en: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte\\_pt\\_br/anexo/La\\_praxis\\_del\\_control\\_de\\_constitucionalidad\\_en\\_Chile.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/La_praxis_del_control_de_constitucionalidad_en_Chile.pdf)>. Acceso el: 6 dic. 2011.

86 Tribunal Constitucional: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel, señor Carlo Marcelo Casaula Mezzano respecto del artículo 206 del Código Civil, en la causa RIT n° C-111-2009, seguida por investigación/reclamación de paternidad, caratulada “Muñoz con Muñoz”. Rol n°1340-09. Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009. Considerando noveno.

87 “Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país.” Tribunal Constitucional: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel, señor Carlo Marcelo Casaula Mezzano respecto del artículo 206 del Código Civil, en la causa RIT n° C-111-2009, seguida por

investigación/reclamación de paternidad, caratulada “Muñoz con Muñoz”. Rol n° 1340-09. Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009. Considerando noveno; “Sobre el particular, ha de tenerse presente que aun cuando la Constitución chilena no lo reconozca expresamente en su texto [el derecho a la identidad personal], ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección. Lo anterior, precisamente, por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque tampoco puede desconocerse que él sí se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, como la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 18).” Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Julio Magri Rabaglio, respecto de los artículos 188, 199 y 199 bis del Código Civil, en relación a la causa caratulada “Magri con Magri”, RIT n° C-680-2007, RUC 07-2-0098411-5, del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago*. Rol n° 834-08. Sentencia de fecha 13 de mayo de 2008. Considerando vigésimo segundo.

**88** Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de Diputados para que se declare la inconstitucionalidad del número 3° del artículo único del Proyecto de Ley modificatorio de la Ley n° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23 n° 1 del citado cuerpo legal*. Rol n° 786-07. Sentencia de fecha 13 de junio de 2007. Considerando trigésimo.

**89** Vid. Scelle, Georges. *Précis de droit des gens. Principes et systématique* (vol. I) (Paris: Sirey, 1932), p. 43, 54-56, 217; (vol. II) (1934), p. 10, 319, 450; Scelle, Georges. “Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel”. *Rechtsfragen der Internationalen Organisation - Festschrift für H. Wehberg* (1956), p. 324-342, p. 331; Cassese, Antonio. “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (dédoublement fonctionnel) in International Law”. *European Journal of International Law* (1990), p. 210-231.

**90** Sobre los tipos de control de constitucionalidad y, por lo tanto, de jurisdicción constitucional, vid. Cazor Aliste, Kamel. *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*. Tomo II. Santiago: Universidad Central de Chile, 2002, p. 87-97; Huerta Ochoa, Carla: “El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional”. *Boletín Mexicano de Derecho Constitucional*, n° 93, septiembre/diciembre 1998, p. 713-739, especialmente p. 725-729.

**91** En sentido contrario Prof. Binder señala: “[T]he Court asks domestic courts to exercise a conventionality control which is comparable to the constitutionality control in domestic constitutional law”. Binder, Christina. “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”. *German Law Journal* vol. 12, núm. 5, p. 1203-1230, especialmente, p. 1213.

### Gonzalo Aguilar Cavallo

Bellavista, n° 0121  
Providencia  
Santiago - Chile  
gonzalo.aguilar@unab.cl

PROFESOR DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD  
VALPARAÍSO Y ANDRÉS BELLO (CHILE)  
POSTDOCTORADO EN EL MAX PLANCK INSTITUTE FOR  
COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW  
(HEIDELBERG, ALEMANIA)  
DOCTOR EN DERECHO (ESPAÑA)  
MASTER EN DERECHOS HUMANOS Y  
DERECHO HUMANITARIO (FRANCIA)  
MAGISTER EN RELACIONES INTERNACIONALES (ESPAÑA)