

Coordinadoras

Miriam Henríquez Viñas

Mariela Morales Antoniazzi

El Control de Convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile

Prólogo Profesor Armin von Bogdandy

DER EDICIONES, es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Co-ediciones, Revistas y Obras Prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

El Control de Convencionalidad:

Un Balance Comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile

© Miriam Henríquez Viñas y Mariela Morales Antoniazzi

2017 DER EDICIONES LIMITADA

Santa Magdalena 10, oficina 26, Comuna de Providencia, Ciudad de Santiago, Chile.

Teléfono +56 22 906 00 02

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual: N° 280.980

ISBN: 978-956-9959-03-5

Primera edición, julio de 2017 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 200 ejemplares

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

El Control de Convencionalidad:
Un Balance Comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile

INDICE

PRÓLOGO.....	1
PRESENTACIÓN	5
I. PRIMERA PARTE: UNA VISIÓN PANORÁMICA.....	15
1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ	17
2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (A UNA DÉCADA DE SU CREACIÓN: 2006-2016), EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT	37
2.1. Introducción	37
2.2. Antecedentes	38
2.3. Nacimiento	40
2.4. Desarrollo jurisprudencial.....	41
A) <i>Casos contenciosos</i>	43
B) <i>Opiniones consultivas</i>	46
C) <i>Supervisión de cumplimiento de sentencia:</i>	50
D) <i>Medidas provisionales</i>	59
2.5. Fundamento normativo	62
2.6. Elementos configurativos.....	63
2.7. Objetivos	66
3. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: APROXIMACIÓN DESDE EL ENFOQUE DEL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE Y LA INTERAMERICANIZACIÓN, MARIELA MORALES ANTONIAZZI.....	71
3.1. Introducción	71
3.2. Ciertos rasgos para aproximarse al control de convencionalidad	74

A) <i>Un origen reciente</i>	74
B) <i>Un desarrollo jurisprudencial expansivo</i>	74
C) <i>Un concepto en evolución</i>	80
3.3. El control de convencionalidad a la luz del <i>ius constitutionale commune</i> y la interamericanización	85
A) <i>Fundamentos constitucionales de la interamericanización</i>	88
B) <i>Bases convencionales de la interamericanización</i>	97
C) <i>Interamericanización del discurso jurídico-público</i>	99
3.4. Conclusión	103
4. CRÓNICA DE UNA TEORÍA DE MODA EN AMÉRICA LATINA, LAURENCE BURGORGUE -LARSEN	107
4.1. Crónica de un nacimiento anunciado	109
A) <i>El vals judicial en el tiempo de tres cuartos</i>	109
B) <i>Construcción de una “teoría” del control de convencionalidad</i>	115
C) <i>Una implementación diversificada</i>	125
4.2. Crónica de un análisis doctrinal controvertido	128
A) <i>Doctrina benevolente o escuela del “constitucionalismo abierto”</i>	129
a. <i>Autores entusiastas</i>	131
b. <i>Autores circunspectos</i>	136
B) <i>Doctrina crítica</i>	140
a. <i>La escuela sociológica</i>	140
b. <i>La escuela liberal</i>	141
5. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN ÓRDENES JURÍDICOS DE TRADICIÓN CONTINENTAL: EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, MANUEL GÓNGORA-MERA	147
5.1. Introducción	147
5.2. El valor de la jurisprudencia en la tradición continental: la experiencia alemana	150
5.3. El reposicionamiento de la jurisprudencia constitucional en Alemania	156
A) <i>La doctrina de la interpretación sistémica</i>	158
B) <i>La doctrina de la <i>ausstrahlungswirkung</i> y la extensión del control de constitucionalidad a las interpretaciones normativas</i>	158
C) <i>La doctrina de la <i>ratio decidendi</i> y el poder vinculante ante autoridades estatales</i>	159
D) <i>La doctrina de la <i>cosa juzgada material</i> constitucional</i>	162
5.4. El control de convencionalidad y el valor de la jurisprudencia interamericana	164
5.5. Conclusiones	169
II. SEGUNDA PARTE: VISIONES NACIONALES	173

1. EL IMPACTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PERÚ, JUANA IBÁÑEZ RIVAS.....	175
1.1. Introducción	176
1.2. Apertura al derecho internacional de los derechos humanos: presupuesto de aplicación del control de convencionalidad	178
A) <i>La normativa interna sobre los tratados de derechos humanos</i>	178
B) <i>El estado de firmas y ratificaciones de los tratados de derechos humanos</i>	185
1.3. Cumplimiento de las obligaciones generales del estado: referente de la implementación del control de convencionalidad	189
A) <i>Aplicación del control de convencionalidad en su manifestación inter partes</i>	190
a. <i>Medidas específicas adoptadas por el Poder Ejecutivo peruano</i>	194
i. <i>Ministerio de Defensa</i>	194
ii. <i>Ministerio de Educación</i>	195
iii. <i>Ministerio del Interior</i>	197
iv. <i>Ministerio de Justicia y Derechos Humanos</i>	197
v. <i>Ministerio de Salud</i>	201
vi. <i>Ministerio de Trabajo</i>	202
vii. <i>Municipalidades distritales y provinciales</i>	202
viii. <i>Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat)</i>	204
ix. <i>Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec)</i>	204
x. <i>Contraloría General de la República</i>	204
b. <i>Medidas específicas adoptadas por el Poder Legislativo peruano</i>	204
c. <i>Medidas específicas adoptadas por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional</i>	207
B) <i>Aplicación del control de convencionalidad en su manifestación erga omnes</i>	213
1.4. A modo de conclusión	218
2. HACIA UNA “CONVENCIONALIZACIÓN” DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN COLOMBIA. UNA APROXIMACIÓN AL INFLUJO DE LA JURISPRUDENCIA INTERPRETATIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA, LEONARDO GARCÍA JARAMILLO	221
2.1. Introducción	221
2.2. Activismo judicial y constitucionalización del derecho en una democracia constitucional	225
2.3. La constitucionalización. casos e importancia.....	231
2.4. El <i>ius constitutionale commune</i> y el constitucionalismo transformador.....	233
2.5. “Convencionalización del ordenamiento jurídico”: la relevancia de un nuevo concepto	238
2.6. El carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana	246
2.7. Elementos de la convencionalización del derecho en Colombia	250

2.8. Conclusiones	255
3. CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE: EXPERIÊNCIA BRASILEIRA, FLAVIA PIOVESAN Y HENRIQUE DELAVI DAUM	259
3.1. Introdução	259
3.2. Corte Interamericana e controle de convencionalidade: significado, alcance e impacto	260
3.3. Controle de convencionalidade: experiência brasileira	271
3.4. Audiência de custódia	271
3.5. Crime de desacato	276
3.6. Direito à educação	277
3.7. Conclusão	278
4. DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA EN EL CASO ARGENTINO, MARÍA SOFÍA SAGÜÉS	281
4.1. Planteamiento del tema	281
4.2. Lineamientos del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH	282
A) <i>Génesis: el caso “Almonacid Arellano”</i>	283
B) <i>Aspectos procedimentales: el control de convencionalidad de oficio y el Caso Trabajadores Cesados del Congreso</i>	286
C) <i>La “interpretación conforme” o control de conformidad convencional: el Caso Rosendo Radilla Pacheco</i>	287
D) <i>El control de convencionalidad realizado por órganos no judiciales: el Caso Gelman</i>	289
E) <i>“Res judicata” y “res interpretata”, Caso Gelman II</i>	291
4.3. Dimensiones y efectos del control de convencionalidad	297
4.4. Desafíos	306
A) <i>Aspectos generales del sistema interamericano de protección de derechos humanos</i>	306
B) <i>Conflicto de lealtades</i>	307
C) <i>Modelos jurisdiccionales: ¿Nuevas modalidades de sentencias y ejecución en el ámbito doméstico?</i>	308
D) <i>Desafío procesal de articulación con el control de constitucionalidad</i> ...	318
4.5. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la CSJN. Escenario preliminar: la apertura constitucional argentina al orden regional e internacional de los derechos humanos	325
4.6. Recepción del control de convencionalidad en la consolidación de la transición democrática a través de la jurisdicción constitucional argentina	329
A) <i>La transición democrática a través de la jurisdicción constitucional argentina</i>	329

B) Recepción del control de convencionalidad	331
C) Doctrina de la concordancia entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad	333
D) La Corte Suprema como interlocutor de la Corte Interamericana frente a los ordenamientos provinciales	336
E) Evolución jurisprudencial en materia de res judicata.....	338
a. Primera etapa: criterio restrictivo	338
b. Segunda etapa: aceptación de la res judicata.....	340
c. Tercera etapa, res judicata y diálogo jurisprudencial	349
i. Antecedentes	350
ii. Ámbito específico del pronunciamiento: res judicata y medida de satisfacción simbólica.....	353
iii. Reconocimiento de la vinculatoriedad de las decisiones y análisis de la “competencia” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	355
iv. El orden público constitucional argentino y su injerencia en la ejecución de decisiones de la Corte Interamericana.....	359
v. El debido proceso y derecho de defensa en el proceso ante el sistema interamericano.....	360
vi. El diálogo jurisprudencial.....	361
4.7. Perspectiva final	370
TERCERA PARTE: VISIÓN CHILENA	373
1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE, MIRIAM HENRÍQUEZ VIÑAS Y JOSÉ IGNACIO NÚÑEZ LEIVA	375
1.1. Puerta de entrada.....	376
1.2. La adultez normativa de las constituciones que cuentan con cláusulas de apertura <i>versus</i> la insularidad de la constitución chilena y el soliloquio del control de convencionalidad	378
A) <i>El mínimo común del control de convencionalidad: las cláusulas de apertura</i>	378
B) <i>La insularidad de la Constitución Política de la República de Chile</i>	380
1.3. Una pared del laberinto: el control concentrado de constitucionalidad.....	384
1.4. ¿Un plan de Salida o un Callejón Sin Salida? ¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional chileno?.....	388
A) <i>Sentencia Rol N° 2794-15</i>	389
B) <i>Sentencia Rol N° 2874-15</i>	390
1.5. ¿Otra vía sin salida? ¿Qué ha dicho la Corte Suprema?	393
A) <i>Sentencia Rol N° 9.031-2013</i>	393
B) <i>Sentencia Rol N° 27.543-16</i>	396

1.6. Ventana de salida: reflexiones para abandonar el laberinto	401
2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE. BASES NORMATIVAS, JURISPRUDENCIA Y CRÍTICAS, CLAUDIO NASH ROJAS	403
2.1. Introducción	403
2.2. Bases normativas para la aplicación del control de convencionalidad en Chile	406
A) <i>Marco normativo para la recepción del <i>didh</i> en el ámbito constitucional</i>	407
B) <i>Marco de competencias de los juzgadores en el modelo nacional</i>	410
2.3. Aplicación del control de convencionalidad por los tribunales con competencia constitucional.....	412
A) <i>Corte Suprema</i>	412
a. Acerca de la obligación de realizar control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema	413
b. Control de convencionalidad de normativa reglamentaria.....	416
c. Control de convencionalidad y violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos	418
i. Imprescriptibilidad de la acción penal y aplicación de los convenios de Ginebra	418
ii. Aplicación del decreto ley de amnistía.....	422
iii. Procedencia e improcedencia de las acciones civiles	425
B) <i>Tribunal Constitucional</i>	429
a. Justicia militar	429
b. Derecho a la identidad.....	432
c. Ámbito penal.....	434
d. Migrantes.....	438
C) <i>Conclusiones acerca de la recepción jurisprudencial del control de convencionalidad en los tribunales superiores de justicia</i>	441
D) <i>Críticas al control de convencionalidad por los tribunales con competencia constitucional</i>	442
2.4. A modo de conclusiones	446
3. ARMONIZAR EL DERECHO NACIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL. UN ASUNTO DE COMPATIBILIZACIÓN MARÍA ANGÉLICA BENAVIDES CASALS	447
3.1. Introducción	447
3.2. Elementos sobre la discutible creación judicial del control de convencionalidad.....	449
A) <i>Sentencias de la Corte como elemento sistemático de interpretación en el ámbito nacional</i>	449
B) <i>Creación del control de convencionalidad y la competencia de la Corte</i>	450
C) <i>La sujeción de órganos nacionales a las normas internacionales, constitucionales y legales de orden doméstico para el ejercicio de sus funciones</i>	452

3.3. Compatibilización del orden interno y el orden internacional convencional. Control de compatibilidad y no de convencionalidad.....	454
3.4. Conclusiones	457
4. LA RECEPCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SUS DILEMAS Y PERSPECTIVAS, GONZALO GARCÍA PINO	461
4.1. Introducción	461
4.2. El peligro de la desformalización del derecho y las vías de remediación.....	462
A) <i>¿Quién decide en Chile un control de convencionalidad?</i>	464
B) <i>¿qué parámetro usa para dicho control de convencionalidad?</i>	468
a. La ausencia de conexión entre la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	468
b. El encuentro de dos continentes: la Constitución y los tratados de derechos humanos	470
c. El encuentro de los contenidos de los derechos fundamentales.....	474
i. La adecuación externa por responsabilidad internacional. Interpretación del incumplimiento de un deber estatal	475
ii. El reconocimiento de nuevos derechos.....	477
iii. La noción complementaria de los derechos.....	479
iv. La función identificatoria del núcleo esencial de los derechos.....	481
v. La función restrictiva de los derechos	483
C) <i>El procedimiento de la convencionalidad</i>	484
D) <i>El efecto de la convencionalidad</i>	485
4.3. Colofón.....	487
5. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y TRIBUNALES NACIONALES. DILEMAS Y PERSPECTIVAS, FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA	489
5.1. Introducción	489
5.2. Control de convencionalidad: concepto de control de convencionalidad y evolución en la jurisprudencia interamericana.....	491
A) <i>Concepto de control de convencionalidad</i>	493
a. Corte Interamericana de Derechos Humanos y control de convencionalidad	493
b. Corte Interamericana de Derechos Humanos no es una cuarta instancia y la revisión de los hechos es limitada	496
B) <i>Evolución del control de convencionalidad</i>	498
a. Orígenes del control de convencionalidad	498
i. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros versus Chile). Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73	501

ii.	Corte Interamericana de Derechos Humanos y el punto de inflexión de su doctrina jurisprudencial acerca de la obligatoriedad de la Convención Americana sobre derechos humanos. El punto de inflexión en la doctrina jurisprudencial de la Corte acerca de la obligatoriedad de la Convención Americana se presente en el Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75.	502
iii.	Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C No. 123.	504
b.	Corte Interamericana de Derechos Humanos y control de convencionalidad	506
5.3.	Control de convencionalidad y los poderes públicos de los Estados. El caso <i>López Mendoza vs. Venezuela</i> y su inejecutabilidad	508
A)	<i>Jerarquía normativa del Derecho Internacional convencional en el Derecho Nacional</i>	511
B)	<i>Interpretación de conflictos entre normas internacionales y la Constitución. No habrá “supraconstitucionalidad”</i>	512
C)	<i>Relación entre Constitución y el proyecto político que subyace a la misma</i>	513
D)	<i>Conflicto entre la Constitución y un convenio o tratado internacional ...</i>	514
E)	<i>Jurisprudencia sostenida desde los albores de la década del 2000 de la Sala Constitucional, respecto de la fuerza normativa de los tratados internacionales (art. 23 de la constitución)</i>	515
F)	<i>Tipo de derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos: derechos individuales, civiles y políticos propios de una “democracia formal” y Estado liberal</i>	517
G)	<i>Elementos condicionantes (materiales e ideológicos) de la interpretación normativa</i>	518
H)	<i>Interpretación libre de principios absolutos y suprahistóricos, es decir, “sin Derecho natural”, que puedan limitar la soberanía y autodeterminación; sino una interpretación de “cultura viva”</i>	520
I)	<i>Rechazo de aplicación de la Convención Americana, de forma absoluta y descontextualizada</i>	521
a.	Posibilidad de imposición de inhabilidad por organismos administrativos en ejercicio de una potestad administrativa sancionadora.....	522
b.	Relación con otros tratados internacionales suscritos por Venezuela y que dicen relación con la materia	523
c.	Relación entre tratados y convenios internacionales e igualdad y soberanía nacional.....	524
d.	Prevalencia de normas constitucionales internas, que privile-	

gien el interés general y el bien común, por sobre normas-tratados internacionales	524
5.4. Control de Convencionalidad y la desvalorización de la Constitución. El caso <i>Gelman vs. Uruguay</i>	526
A) <i>Legitimidad de ley contraria a la Convención aprobada por proceso democrático. Tensión entre decisiones tomadas por comunidad democrática y adoptadas por órganos internacionales de derechos humanos</i>	527
B) <i>Obligatoriedad de la Convención y de las decisiones de la Corte Interamericana</i>	530
5.5. Desarrollo del control de convencionalidad posterior al caso <i>Gelman</i>	536
A) <i>Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239</i>	536
B) <i>Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250</i>	537
5.6. Control de convencionalidad y principio democrático: tensión en el caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C N° 282.....	538
5.7. Control de convencionalidad en el constitucionalismo abusivo: el caso de la Corte Suprema de Honduras	546
5.8. Control de convencionalidad y Constitución en Chile.....	549
A) <i>Control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema</i>	549
B) <i>Control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	551
5.9. Conclusiones	559
5.10. Post scriptum.....	561
6. LA RECEPCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO, HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ.....	565
6.1. Introducción	565
6.2. Reglas de interpretación de derechos establecidas por la Convención	571
6.3. El control de convencionalidad interno que deben aplicar los órganos y autoridades del Estado Parte	577
6.4. La recepción del control de convencionalidad por los tribunales chilenos....	580
A) <i>La jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema</i>	580
a. La Corte Suprema asume y ejecuta el fallo de la Corte IDH “Almonacid Arellano vs. Chile” de septiembre de 2006, en sentencia Rol N°1260-13 de 29 de julio de 2013	584

- b. La Corte Suprema asume la concepción del control de convencionalidad interno en forma explícita 587
- c. La Corte Suprema en sentencia Rol N° 27.543-16, 3 de octubre de 2016, asume la obligación jurídica determinada por el control de convencionalidad interno de cumplir de buena fe las obligaciones convencionales 588
- d. Sentencia de la Corte Suprema de 1° de diciembre de 2016, rol n° 92.795-16, que acoge el amparo por vulneración de derechos, discriminación de trato y a vivir una vida libre de violencia, de Lorenza Cayuhán Llebul 591
- B) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*..... 596
- 6.5. Consideraciones finales..... 606