

Mg

Monografías

Estudios sobre control de convencionalidad

Pablo Contreras Vásquez

Gonzalo García Pino

ediciones
DER

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, Coediciones, 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

ESTUDIOS SOBRE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

© Pablo Contreras Vásquez - Gonzalo García Pino

2020 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

info@derediciones.com

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N°: En trámite

ISBN 978-956-9959-86-8

Primera edición, octubre de 2020 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

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.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	VII
PRESENTACIÓN.....	IX
CAPÍTULO I: LA CONSIDERACIÓN DE LOS ESTÁNDARES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	1
GONZALO GARCÍA PINO	
1. ES COSA DE TIEMPO REFORZAR EL PRIMER NIVEL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	3
2. LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS	6
3. NATURALEZA Y POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH EN RELACIÓN CON EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	8
3.1. La CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH no son derecho extranjero	8
3.2. La Corte IDH deja un espacio interpretativo inmenso en la esfera nacional	10
3.3. La jurisprudencia de la Corte IDH y el sistema de protección multinivel de derechos humanos.....	11
3.4. Conocimiento, formación y educación en torno a la jurisprudencia de la Corte IDH	12
3.5. La textura abierta como puente interpretativo a otros estándares internacionales de derechos humanos.....	12
3.6. La retórica “constitucionalista” como fuente de persuasión hacia los ordenamientos nacionales	13
3.7. La apelación al pluralismo normativo	14

4. LA LECTURA ABIERTA DEL ARTÍCULO 5º INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN: ¿DILEMA DE FUENTE O DE INTERPRETACIÓN?.....	16
5. APLICACIÓN DE ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE O COMO REGLA DESDE LA CADH.....	20

CAPÍTULO II: NOTAS SOBRE EL *CORPUS JURIS* INTERAMERICANO..... 31

PABLO CONTRERAS VÁSQUEZ

1. INTRODUCCIÓN	33
2. LA EVOLUCIÓN DEL CJ EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH	34
2.1. El origen del CJ	34
2.2. La evolución del CJ después del control de convencionalidad	37
3. ALGUNOS CARACTERES Y PROBLEMAS DEL CJ INTERAMERICANO	41

CAPÍTULO III: LA RECEPCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SUS DILEMAS Y PERSPECTIVAS..... 45

GONZALO GARCÍA PINO

1. INTRODUCCIÓN	47
2. EL PELIGRO DE LA DESFORMALIZACIÓN DEL DERECHO Y LAS VÍAS DE REMEDIACIÓN	48
2.1. ¿Quién decide en Chile un control de convencionalidad?.....	50
2.2. ¿Qué parámetro usa para dicho control de convencionalidad?	54
A) La ausencia de conexión entre la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.....	54
B) El encuentro de dos continentes: la Constitución y los tratados de derechos humanos.....	57
3. EL PROCEDIMIENTO DE LA CONVENCIONALIDAD	60
4. EL EFECTO DE LA CONVENCIONALIDAD.....	62
5. COLOFÓN.....	64

CAPÍTULO IV: ¿CÓMO COMPATIBILIZAR EL ORDEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHOS? RELECTURA DEL ARTÍCULO 5º DE LA CONSTITUCIÓN..... 67

GONZALO GARCÍA PINO

1. HAY QUE RELEER TÉCNICAMENTE ESTA CLÁUSULA DE APERTURA	69
2. NOTAS SOBRE LA GÉNESIS DEL ARTÍCULO 5º INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN	70

3. EL ARTÍCULO 5º INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN COMO UN TEST DE CUMPLIMIENTO ANALÍTICO.....	75
3.1. Los deberes generales.....	76
3.2. El deber de “respeto” estatal.....	84
A) Definición y naturaleza jurídica del deber de respeto.....	84
B) Manifestaciones del deber de respeto.....	86
3.3. El deber de “promoción” estatal.....	88
3.4. El deber de garantía y los derechos garantizados.....	91
3.5. Los órganos obligados.....	99
3.6. Los tratados internacionales.....	101
3.7. Tratados internacionales ratificados y vigentes.....	104
4. CONCLUSIÓN.....	107

CAPÍTULO V: ANÁLISIS DEL PARÁMETRO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y DERECHO INTERNO (CONVENCIÓN AMERICANA Y <i>CORPUS IURIS</i> INTERAMERICANO Y LOS ESTÁNDARES DE LA CORTE IDH).....	109
--	-----

GONZALO GARCÍA PINO

1. INTRODUCCIÓN.....	111
2. EL PARÁMETRO COMO OBJETO DE CONTROL: ÁREAS DE CERTEZA.....	112
3. EL PARÁMETRO COMO OBJETO DE INTERPRETACIÓN: ÁREAS DE EXPANSIÓN.....	115
4. EL PARÁMETRO DE CONTROL COMO EXPECTATIVA.....	121
5. EL PARÁMETRO DE CONTROL COMO RESULTADO.....	123
6. ALGUNAS CONCLUSIONES PARAMÉTRICAS.....	125

CAPÍTULO VI: CÓMO ARTICULAR DERECHOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES EN EL MARCO DE LA TEORÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	129
--	-----

GONZALO GARCÍA PINO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DOGMÁTICO Y LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS.....	131
2. LOS REQUISITOS PARA ENFRENTAR UN PROBLEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	135
2.1. La unidad del orden convencional.....	137
2.2. ¿Por qué el bloque de constitucionalidad no resuelve las tensiones entre la jurisdicción constitucional interna y el orden convencional?.....	142

2.3. El ámbito protegido del derecho y la diferencia sustancial de protección	145
A) El efecto del tiempo	145
B) Efecto decisorial	147
C) La persuasión por evolución o por consenso	148
3. ARMONIZACIÓN TEÓRICA ENTRE CONTENIDOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES	149
4. CLÁUSULAS CONVENCIONALES SEGÚN LA CONSTITUCIÓN.....	150
5. CLÁUSULAS CONVENCIONALES EN EL SILENCIO DE LA CONSTITUCIÓN	156
6. CLÁUSULAS CONVENCIONALES CONTRA-CONSTITUCIONALES.....	157
7. LA COMPATIBILIDAD GENÉRICA DE LAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES.....	158
7.1. La adecuación externa por responsabilidad internacional. Interpretación del incumplimiento de un deber estatal.....	159
7.2. El reconocimiento de nuevos derechos	161
7.3. La noción complementaria de los derechos.....	163
7.4. La función identificatoria del núcleo esencial de los derechos	165
7.5. La función restrictiva de los derechos	167

CAPÍTULO VII: ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD..... 169

PABLO CONTRERAS VÁSQUEZ

1. INTRODUCCIÓN	171
2. COHERENCIA INTERNA DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	173
2.1. Orígenes del control de convencionalidad	173
2.2. Evolución del control de convencionalidad	177
A) Obligación de oficio y dentro de las competencias del juez.....	177
B) Control de convencionalidad “fuerte”, “débil” y como “directriz”	178
C) Amplitud de sujetos obligados a efectuar el control.....	183
D) Control de convencionalidad en el marco de las reparaciones	186
2.3. Amplitud del control de convencionalidad y coherencia	189
3. FUNDAMENTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	191
3.1. Sobre el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados	192
3.2. Principio general de buena fe	193
3.3. Justificaciones doctrinales	196
4. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DISCRECIÓN ESTATAL	200
5. A MODO DE CONCLUSIÓN	205

CAPÍTULO VIII: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, DEFE- RENCIA INTERNACIONAL Y DISCRECIÓN NACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DE- RECHOS HUMANOS	207
---	-----

PABLO CONTRERAS VÁSQUEZ

1. INTRODUCCIÓN	209
2. MARGEN DE APRECIACIÓN, PROPORCIONALIDAD Y DISCRECIÓN ESTATAL	212
2.1. Soberanía nacional, subsidiariedad y margen de apreciación	212
2.2. Margen de apreciación en la jurisprudencia interamericana	214
2.3. Discreción nacional y principio de proporcionalidad.....	222
2.4. Balance	227
3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: NIVELES DE DISCRECIÓN.....	228
3.1. La doctrina del control de convencionalidad.....	228
3.2. Tipos de control de convencionalidad	231
3.3. Niveles de discreción en el control de convencionalidad.....	231
A) Discreción y precedente.....	232
B) Discreción según la tipología del control de convencionalidad	235
4. A MODO DE CONCLUSIÓN	241

CAPÍTULO IX: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y NUEVA CONSTITUCIÓN: HACIA UNA LECTURA COMPETENCIAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	243
---	-----

PABLO CONTRERAS VÁSQUEZ

1. INTRODUCCIÓN	245
2. ¿QUÉ ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?	247
3. UNA LECTURA COMPETENCIAL PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	248
3.1. ¿Qué pasa en un mundo sin control de constitucionalidad?.....	249
3.2. ¿Qué pasa en un mundo similar al actual (es decir, con control concentra- do de constitucionalidad)?.....	250
4. ALGUNAS CONCLUSIONES	252

BIBLIOGRAFÍA	255
--------------------	-----

DOCTRINA	255
----------------	-----

JURISPRUDENCIA CITADA	269
-----------------------------	-----

NORMATIVA CITADA.....	281
-----------------------	-----

ABREVIATURAS

App.	: Application
art. / arts.	: artículo / artículos
BBVA	: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Chile
CADH	: Convención Americana sobre Derechos Humanos
c. / cc.	: considerando / considerandos (en cita)
CCPR	: Covenant on Civil and Political Rights
CDN	: Convención sobre los Derechos del Niño
CEARC	: Comité de Libertad Sindical
CEDAW	: Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (sigla en inglés)
CEDH	: Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH	: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIDPD	: <i>Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</i>
CJ	: <i>corpus juris</i>
CLH80	: Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles de la sustrac- ción internacional de menores, de 1980.
cons.	: considerando(s)
coord.	: coordinador
Corte IDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
CVDT	: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
D.O.	: Diario Oficial
DDHH	: Derechos Humanos
DFL	: Decreto con Fuerza de Ley
DIDDHH	: Derecho Internacional de Derechos Humanos
DUDH	: Declaración Universal de los Derechos Humanos

ed. / eds.	: editor / editores
<i>et al.</i>	: y otros
FIV	: fertilización <i>in vitro</i>
OIT	: Organización Internacional del Trabajo
ONG	: Organización No Gubernamental
p. / pp.	: página / páginas
párr. / párrs.	: párrafo / párrafos
PIDCP	: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RIT	: Rol Interno Tribunal
RUC	: Rol Único Tribunal
s.f.	: sin fecha (de publicación)
ss.	: siguientes
STC	: sentencia Tribunal Constitucional
TEDH	: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
trad.	: traductor
v.	: <i>versus</i> (en inglés)
vol.	: volumen
vs.	: <i>versus</i> (en español)

PRESENTACIÓN

El control de convencionalidad tiene una historia indisolublemente ligada a nuestro país, desde el mismo momento en que la sentencia “Almonacid Arellano contra Chile” identificó las características iniciales de este control para todo el sistema interamericano de derechos humanos.

En el marco de los quince años, que se celebrarán en septiembre del año 2021, desde su irrupción en los ordenamientos jurídicos nacionales, sigue siendo objeto de enorme polémica, puesto que, en buena parte de ellos, esta decisión pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ha venido acompañada de decisiones internas soberanas que formalicen el modo y alcance de su aplicación al interior de cada país.

Por eso, en este libro hemos sistematizado un conjunto de apreciaciones efectuadas a lo largo de estos años y que intentan identificar el conjunto de problemas que suscita esta incorporación de geometría variable de la convencionalidad.

Nuestra aproximación a esta materia tiene un punto de partida dogmático que es el reconocimiento de la existencia de este control y nos alejamos de las posiciones que niegan los efectos del derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno. Nos parece que esas apreciaciones terminan desconociendo nuestra propia Constitución en su artículo 5º, inciso segundo, que hace un puente técnico de apertura entre ambos órdenes. Pero también nos alejamos de las tesis que revelan un cierto ingreso automático del orden internacional, como si careciera de interpretación analítica y fuese un mero ejercicio aplicativo, desconociendo el sistema de autogobierno democrático y el reparto de competencias entre los distintos órganos del Estado. En tal sentido, este libro no es un ejercicio de promo-

ción acrítico del proceso iniciado por la Corte IDH. Expresamente contiene en su seno críticas y alcances. Pero también parte del supuesto de su naturaleza vinculante de un modo que es necesario interpretarla para garantizar esos derechos y no para bloquearlos.

En consecuencia, este libro consolida textos inéditos y artículos que habían sido publicados fragmentariamente, que dan cuenta del modo en que se propicia una mayor formalización del control de convencionalidad a la luz de la articulación entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución, especialmente, en su deber de adoptar decisiones de orden interno que generen una obligación genuina, de buena fe y útil en el respeto de dichos derechos.

Por de pronto, en este esfuerzo de formalización, tomamos en cuenta los tipos de control que la propia Corte IDH definió. Por lo mismo, examinamos la evolución de ese proceso y sus resultados derivados en un tipo de control fuerte y otro débil. Lo anterior es clave, puesto que el objeto de todo ordenamiento pasa por una deliberación competencial de sus alcances con la finalidad que no se cuestionen las decisiones que se adopten en el examen convencional de derechos.

Otro aspecto fundamental dice relación con el efecto buscado. Si usamos correctamente el sistema de fuentes, tendremos una estructura de control normativo que derivará, necesariamente, en la construcción de una regla o parámetro a partir del cual se examina un caso específico. En materia de derechos fundamentales, esa es una de las finalidades fundamentales, es decir, no solo identificar normas de derecho fundamental, sino que lograr que estas tengan un correcto efecto de irradiación a todo el ordenamiento. Por eso, el parámetro de control adquiere una función clave, y sobre ello destinamos un capítulo específico en este libro.

No se trata solamente de ver cómo se articula el parámetro, sino también de especificar sus resultados. En tal sentido, las decisiones de la Corte IDH vienen acompañadas de un ejercicio interpretativo tan persuasivo como técnicamente sólido en su deliberación interna. Justamente, el filtro desarrollado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos permite preservar una jurisprudencia de un número acotado de casos que ha permitido potenciar el alcance de decisiones iusfundamentales a casos selectivos y emblemáticos. Esta dimensión se ha ido especializando cada vez más. En esta línea, la construcción de estándares normativos nuevos es un

resultado estructural de este proceso, el cual nos llevó a dedicar uno de los capítulos de este libro a esa materia particular.

Gran parte de los problemas del control de convencionalidad no dicen relación con el modo en que ha fallado los casos la propia Corte IDH, aunque su jurisprudencia no está exenta de naturales críticas en algunos de sus casos. No obstante, el dilema clave tiene que ver con que la proyección en el orden interno de sus decisiones y el modo en que propician desarticular los modelos jurisdiccionales internos, aunque ello no sea un efecto deliberadamente buscado por las decisiones de la Corte IDH. Ya dijimos que hay cuestiones competenciales y de respeto de los ordenamientos internos, pero quizá más relevante es el ámbito material de su aplicación. El alcance de sus asuntos, como demostración de los déficits de respeto a los derechos más fundamentales en la región, ha discurrido sobre la vertiente de limitación al poder punitivo de los Estados, configurando nuevos estándares en materia de interdicción de disposición arbitraria de la vida de las personas, sancionando severamente los crímenes de lesa humanidad, las violaciones a los derechos humanos, las ejecuciones extrajudiciales de personas, así como la desaparición forzada de las mismas. De igual forma, es emblemática su jurisprudencia en la garantía de la integridad física y psíquica de las personas, juzgando severamente la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes. En este escenario, todo el Sistema Interamericano ha demostrado un camino que a veces ha derivado en críticas fuertes a los Estados que mantienen una legislación que impide una justicia transicional básica, sea por la mantención de leyes de amnistía, indultos o beneficios penitenciarios que derivan en impunidad o en sanciones insuficientes.

Sin embargo, a veces el camino va por la vía de inclusión de derechos distintos sobre temáticas que, por hacer un símil, en el sistema europeo de derechos humanos, habrían implicado un margen de apreciación nacional y una deferencia hacia la solución nacional. El examen de esta cuestión también ha requerido un capítulo específico en este libro.

El problema de los casos nuevos y polémicos es que la irrupción del control de convencionalidad no solo puede desestructurar el ámbito jurisdiccional al mandar una deliberación fuerte de los jueces interamericanos bajo un estatuto propio, sino que a veces puede poner en cuestión la propia deliberación de los congresos nacionales en el desarrollo de políticas públicas o sociales. La difuminación de los límites del control puede desnivelar los pesos y contrapesos de toda democracia. Y este ejercicio

intelectual implica una transferencia argumental hacia casos específicos que analizamos en este libro.

Justamente los que escribimos nos dedicamos a la academia universitaria y a la justicia constitucional, en momentos de alta reflexión constitucional. Nuestras experiencias delimitan el alcance específico del control de convencionalidad, y este libro contiene un examen ordenado de un conjunto muy amplio de materias que permiten avanzar en la pedagogía y en la dogmática jurídica de los derechos fundamentales, especialmente en su promoción y garantía. La publicación de este trabajo es el resultado del mismo proceso.

En el sentido de formar una escuela de propósitos comunes, en el ámbito intelectual, deseamos agradecer el esfuerzo que en la modulación de este libro ha tenido el novel investigador Ignacio Villavicencio. A él le debemos la armonización del trabajo bajo un esquema de homogeneidad de citas, cuadros, bibliografía y jurisprudencia tanto nacional como internacional. Vayan a él nuestros agradecimientos.

Por último, a nuestras familias en momentos difíciles para todo el mundo. Mientras nosotros intentamos hacernos cargo del universo creado por el control de convencionalidad en variados ordenamientos del continente americano, bajo nuestros pies se resquebraja el ámbito que caracterizamos como “normalidad” y se está creando un “derecho de excepción sanitaria” que está recreando lo que conocemos por derecho en todos los ámbitos, civiles, laborales, comerciales, internacionales y, por supuesto, constitucionales. Nuestros familiares son obligados a un confinamiento particular al cual le restamos tiempo necesario para continuar intentando entender cómo ejercitar los derechos fundamentales en estos tiempos. Vayan a ellos todos nuestros agradecimientos por su comprensión y cariño.

LOS AUTORES