

LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES A LA DEMOCRACIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

HUMAN RIGHTS AS RESTRICTION TO THE DEMOCRACY IN THE LIGHT OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE-LAW

Gonzalo Aguilar Cavallo¹

Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile)

ÁREA(S) DE DERECHO: derecho internacional de los derechos humanos; derecho constitucional; derecho internacional.

RESUMEN: La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido desarrollando a través de su jurisprudencia pilares relevantes en la construcción de las modernas democracias interamericanas. A través de los derechos humanos, los jueces interamericanos han fijado un entendimiento más exigente de la regla de las mayorías. Así, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos se podría entender que una democracia contemporánea no se

traduce satisfactoriamente tan sólo en la regla de la mayoría, sino que además, esta mayoría democrática debe respetar ciertos ámbitos intransgredibles.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos; democracia; corte interamericana de derechos humanos; jurisprudencia internacional; control de convencionalidad.

ABSTRACT: *The Inter-American Court of Human Rights has developed important pillars in the process of building the modern Inter-American democracy. The Inter-American judges have interpreted the majority rule through the lens of human rights. Thus, according the Inter-American*

¹ Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). E-mail: gaguilarch@hotmail.com.

Court, contemporary democracy could not satisfactorily be understood only by reference to the majority rule, but, additionally, this democracy should respect some human rights inviolable norms, principles and values.

KEYWORDS: *human rights; democracy; inter-american court of human rights; international case-law; control of conventionality.*

SUMARIO: Introducción; 1 Las nuevas tendencias del derecho; 2 Los límites a la democracia a la luz de los derechos humanos; Conclusión; Bibliografía; Jurisprudencia Citada; Normas jurídicas citadas.

SUMMARY: *Introduction; 1 The Modern Trends of the Public Law; 2 The Restrictions to the Democracy in the Light of Human Rights Law; Conclusion; Bibliography; Cited jurisprudence; Cited legal rules.*

INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por objeto abordar la cuestión de los límites a la democracia a la luz de la evolución de los derechos humanos. En esta línea, lo que se pretende es esbozar una respuesta preliminar a la pregunta acerca de si, desde un enfoque de los derechos humanos, la democracia – entendida como proceso de toma de decisiones- tiene límites y, en caso efectivo, cuáles serían esos límites. Para responder a esta pregunta, estimamos indispensable revisar brevemente las tendencias modernas del Derecho, entre otras cosas, debido a la influencia de los derechos humanos, en el entendimiento de lo que es Derecho.

El método utilizado en este pequeño trabajo será esencialmente de casos. En este contexto nos concentraremos fundamentalmente en la jurisprudencia proveniente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Cabe hacer presente que estamos conscientes de las objeciones doctrinarias que se plantean tanto frente a la actuación de la propia Corte IDH y su legitimidad como ante su jurisprudencia y el valor de la misma. A este respecto, conocido es el debate en Chile en torno a la doctrina del control de convencionalidad. Con todo, este trabajo no tiene por objetivo discutir las referidas objeciones.

Así, este trabajo se encuentra dividido en dos partes. La primera parte, aborda las nuevas tendencias del Derecho, y la segunda parte, examina los límites a la democracia, sobre todo, desde la perspectiva de los derechos humanos.

1 LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO

En esta parte, queremos dar una muy breve visión sinóptica de las principales tendencias contemporáneas del derecho, especialmente, en el contexto de los derechos humanos. En este sentido, se abordarán la transformación de la noción de soberanía, la globalización del derecho público, la pérdida progresiva por parte del Estado del monopolio en la determinación del Derecho, el rol protagónico del juez en los procesos de determinación del Derecho, y el cambio en la relación entre democracia y derecho.

A) GLOBALIZACIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LA NOCIÓN DE SOBERANÍA

Es bien sabido que la globalización comporta un cambio multidimensional en la vida de las personas y de la sociedad a nivel mundial². Por tanto, la globalización también implica modificaciones desde la perspectiva jurídica y política. Uno de los impactos más relevantes de la globalización se observa en la noción de soberanía, la cual no desaparece como característica y atributo del Estado y del ejercicio del poder, sino más bien, se ve transformada en su sentido y alcance. Esta modificación en el entendimiento de la soberanía conduciría a un cambio de paradigma en el Derecho, particularmente, en el derecho público, el cual ha sido batido sobre la base del concepto moderno de soberanía. A este respecto, cabe tener presente que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define paradigma (palabra latina que deriva del griego) en una primera acepción como ejemplo o ejemplar, y en una segunda acepción como “teoría o conjunto de teorías cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar y que suministra la base y modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento.” Es este conjunto de teorías jurídicas, cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar, es el que sostenemos está cambiando.

B) GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO

La transformación de la noción de soberanía produce un efecto relevante en la concepción del derecho público. El derecho público se ha construido, en los últimos siglos, sobre la base de la noción de soberanía y de poder soberano, creador de la ley. En efecto, el concepto básico del Estado moderno era el de soberanía y por efectos de la Revolución, manifestada en el imperio de la ley. Según García de Enterría, la “Ley pasa así al lugar central del sistema. No sólo es (sic) el punto de articulación de las libertades de los ciudadanos, libertades

² APTER, David E. (2007), pp. 285-300.

iguales y recíprocas. Y llamadas, por tanto, a una coexistencia obligada; pasa a ser también el instrumento a través del cual impera el único poder legítimo en una sociedad de hombres libres, la voluntad general, actuando por medio de determinaciones generales, impersonales y *abstractas*, las cuales sólo necesitarán ser particularizadas en los casos concretos por medio de agentes ejecutores, funcionarios o jueces, para ser finalmente efectivas”³.

La alteración en la concepción de la soberanía conduce necesariamente a un cambio de paradigma en el proceso de construcción del derecho público. Aparecen nuevos fenómenos y nuevas manifestaciones jurídicas que ya no son controladas por la voluntad soberana, en todo o en parte⁴. Bogdandy señala en este sentido que la pirámide de Kelsen debiera ser deconstruida y avanzar hacia la internacionalización del derecho constitucional. Propone en este sentido, un sistema de vínculos y conexiones que puedan operar a través de instituciones políticas y judiciales. En relación con las instituciones judiciales, existen dos doctrinas que pueden ayudar a satisfacer este sistema de conexiones: por un lado, la doctrina del efecto directo y, por otro lado, la doctrina de la interpretación consistente, armónica, conciliadora o conforme al derecho internacional⁵. Así, podemos hablar de un Derecho mundial (derivado de los aportes del comercio internacional) y de la mundialización del derecho (derivado de los aportes de los derechos humanos y del carácter universal que se predica de ellos)⁶.

C) PÉRDIDA PROGRESIVA POR PARTE DEL ESTADO DEL MONOPOLIO EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO

El proceso evolutivo de mundialización del derecho, en el sentido de un estándar mínimo aplicable a todos los individuos, comunidades y pueblos,

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2009), p. 152.

⁴ Delmas-Marty, Mireille. “Vers une communauté de valeurs: Les droits fondamentaux”. Disponible en: <https://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmas-marty/UPL27270_6_Activit_s_2007_2008_v3.pdf> [Consultado el 1 de diciembre de 2016]

⁵ Bogdandy, Armin von (2008), pp. 397-413, especialmente p. 398.

⁶ “[S]i le droit international protège les individus, il demande aussi des comptes à ceux qui portent de graves atteintes aux droits de ces individus. Les Etats deviennent de plus en plus comptables sur le plan politique et juridique du respect des droits de l’homme en leur sein, par exemple à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. Des individus - y compris les chefs d’Etat et de gouvernement - sont de plus en plus souvent poursuivis pour les violations les plus graves des droits de l’homme, dans le cadre d’une responsabilité pénale internationale.” Stern, Brigitte: “La mondialisation du droit”, en *Revue Projet*, 2 juin 2000. Disponible en: <<http://www.revue-projet.com/articles/la-mondialisation-du-droit/>> [Consultado el 1 de diciembre de 2016]

producto del principio de universalidad de los derechos humanos y de dignidad humana, hacen que el Estado pierda el control final en el proceso de creación o, al menos, de comprensión y significación del Derecho. En este sentido conviene recordar las palabras de Häberle, cuando afirma que “[l]a Constitución no sólo es ordenamiento jurídico para abogados, ni debe ser interpretada por éstos de acuerdo a viejas y nuevas reglas del arte. Esencialmente también funge como una guía para no abogados: para el ciudadano. La Constitución no es sólo un texto legal o normas, sino también la expresión de una condición de desarrollo cultural, un medio para la auto-representación cultural del pueblo, el espejo de un patrimonio cultural y el fundamento de sus esperanzas”⁷.

D) ROL PROTAGÓNICO DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE DETERMINACIÓN DEL DERECHO

Una de las consecuencias del cambio de paradigma en el ámbito del derecho público es el creciente papel protagónico del juez en los procesos de determinación del Derecho⁸. Este rol, cada vez más fundamental del juez, es especialmente importante en materia de derechos humanos. Así, Nuevo López ha sostenido que la apertura de los Estados al derecho internacional de los derechos humanos “va a influir en el papel del juez como principal protector de los derechos de las personas. Para realizar esta tarea, el juez dispone del llamado control de convencionalidad, con arreglo al cual podrá resolver los casos sobre los que debe pronunciarse, dando primacía al derecho internacional de los derechos humanos”⁹.

Esto último, en el contexto de una sociedad democrática, impone exigencias más demandantes al juez, quien debe efectuar esfuerzos crecientes de persuasión a través de una argumentación, abierta al público y sujeta a escrutinio de una sociedad democrática y deliberativa. Cabe resaltar que Ordóñez-Solís señala que “[c]omo ha ocurrido en los últimos dos siglos y de manera especial en la segunda mitad del XX, los nuevos tiempos de la globalización están suponiendo un paulatino e imparable aumento del poder de los jueces, de un poder que puede caracterizarse como ‘constitucional’; pero a cambio de este poder el juez tiene que ser más claro y transparente en su lenguaje y debe intentar argumentar cuáles son las razones de sus decisiones judiciales en un diálogo permanente con

⁷ Häberle, Peter (2015), pp. 15-22, especialmente p. 19.

⁸ Como dice Boudin, “los tribunales son criaturas de evolución y de evolución que no tiene fin”. Boudin, Michael (2006), pp. 1097-1099.

⁹ Nuevo López, Pablo (2015), pp. 141-160.

todos los tribunales; diálogo al que ha contribuido de modo decisivo la creación de tribunales supranacionales que, junto con los jueces nacionales, deciden en ámbitos compartidos”¹⁰.

Este papel protagónico exige del juez el recurso a todas las fuentes del Derecho, no sólo a la reproducción de la ley. En este sentido, García de Enterría señala que “[t]odo el problema es ahora mejorar la calidad de la Ley (sic) (tanto en sí misma como respecto a su servicio a unos derechos fundamentales, cuya super-legalidad ya no se niega), renunciar a creer que los preceptos escritos pueden encerrar en sus mallas la totalidad de la casuística de la vida social, la cual, además, está afectada de un proceso de cambio y evolución constantes, y, correlativamente, en la técnica aplicativa de la Ley aceptar que pueden entrar en juego otras fuentes del Derecho, especialmente los principios generales del Derecho”¹¹. Respecto de este proceso de cambios y evoluciones constantes y desde la perspectiva de los derechos humanos, los Estados de la Organización de Estados Americanos han reconocido que “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”¹².

Toda esta revalorización del rol del juez en los procesos de determinación del Derecho no afectaría la tradicional división de funciones. A este respecto, cabe aquí recordar que uno de los roles tradicionales del juez en el derecho anglosajón es, en palabras de Boudin, el de creador del Derecho en miniatura¹³. El pueblo sigue siendo por cierto el gran determinante de lo que el Derecho es en el seno de una comunidad. Y este pueblo elige a las autoridades del Estado con las competencias que le señala la Constitución y las limitaciones que la propia Constitución prevé y que provienen de los derechos humanos. En este sentido, cada órgano del Estado tiene sus atribuciones delimitadas por el ordenamiento jurídico. El órgano legislativo tiene la función de legislar. Pero la ley no sería ni la principal ni la única fuente del Derecho. Sabemos que por aplicación del principio de supremacía constitucional ésta es la Constitución. Ocurre que en este contexto y sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales, el juez aplica e interpreta los derechos, llena los vacíos, interpreta los puntos dudosos

¹⁰ Ordóñez-Solís, David (2007), pp. 1-30.

¹¹ García de Enterría, Eduardo (2009), p. 145.

¹² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

¹³ Boudin, Michael (2006), pp. 1097-1099.

y resuelve las colisiones o posibles limitaciones a los mismos. Es importante tener presente lo anterior, porque la afirmación acerca del rol protagónico del juez no pondría en jaque al Estado ni significaría el fin de la separación de poderes. Aunque la noción de un papel relevante del juez en la determinación del Derecho, no cabría en una visión tradicional del Estado y su soberanía y del esquema de la separación de poderes.

E) EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN

De la mano de un aumento en potencia de la importancia del rol que juega el juez en los procesos de decisión acerca de lo que el derecho es en un caso concreto aparece la argumentación y la interpretación. Aunque esto ha sido una tradición en el ámbito del derecho público, particularmente constitucional e internacional, debido a que estos se encuentran generalmente formulados con conceptos jurídicos abiertos, ello se ha enfatizado desde la incorporación de catálogos de derechos fundamentales cuya aplicación e interpretación ha sido encargada, *inter alia*, a los órganos judiciales. Rolla plasma muy bien esta idea, al sostener que “[u]na de las principales dificultades que se enfrentan al garantizar el efectivo disfrute de un derecho fundamental consiste en individualizar la regla aplicable a un caso concreto: ello porque la idea histórica del juez en tanto que «boca de la ley», y la concepción del intérprete como mero ejecutor de la voluntad del legislador, tienen mal encaje en la realidad actual. [...] Por lo general, para individualizar la norma aplicable se hace necesario realizar una ponderación: ya sea en el caso en que se deban sopesar varios derechos susceptibles de entrar en conflicto, o bien en una situación de concurrencia, siendo entonces necesario contemporizar el ejercicio de un derecho con la salvaguarda de un principio o valor constitucional”¹⁴.

Si la argumentación adquiere importancia, la interpretación pasa a ocupar un lugar relevante en los procesos de decisión judicial. Desde la perspectiva del derecho constitucional y de los derechos fundamentales, Häberle ha destacado el valor del derecho comparado. En efecto, el profesor de Bayreuth ha señalado que “[s]e han de comparar los textos, teorías y jurisprudencia (una triada). Las fuentes del Derecho (¡principios generales del Derecho! Derecho nacional, Derecho Europeo y Derecho internacional) pueden considerarse como un *numerus apertus*”¹⁵.

¹⁴ Rolla, Giancarlo (2009), pp. 135-163, especialmente p. 147.

¹⁵ Häberle, Peter (2015), pp. 15-22, especialmente p. 20.

Además, en el ámbito de los derechos humanos, si asumimos su carácter universal y la noción de estándares mínimos, entonces, el uso del método comparado como método de interpretación permitiría desarrollar lo que se denomina el diálogo multinivel entre jueces¹⁶. De lo que se trata con el derecho comparado como quinto método de interpretación, como afirma Háberle, es que el juez, en la ciencia jurídica, trabaje igual que las otras disciplinas científico-culturales, con el texto y el contexto, ya que la relación de los juristas con los textos no es sino una relación de comprensión de la cultura¹⁷.

F) CAMBIO EN LA RELACIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y DERECHO

El nuevo paradigma de la soberanía, que incide notablemente en el proceso de creación del derecho público, hace que el Derecho adquiera su legitimidad no sólo del hecho de ser adoptado dentro de procesos democráticos. Esta legitimidad de la norma correspondería a una democracia formal. Incluso en este ámbito formal, la democracia se vería constreñida, debido a la emergencia de un “derecho constituido internacionalmente a la democracia electoral que se construye sobre el canon de los derechos humanos, pero que busca extender el ámbito de los derechos protegidos para asegurar una participación significativa de los gobernados en las decisiones políticas formales en virtud de las cuales son modeladas las cualidades de sus vidas y de la sociedad”¹⁸.

Además de la anterior, el Derecho adquiere su legitimidad, sobre todo, del hecho de ajustarse y ser conforme a los estándares mínimos de derechos humanos. Esta legitimidad de la norma correspondería a una democracia material. En esta línea, Valadés afirma que “la democracia formal (electoral) y la democracia material (libertad y justicia) son indisolubles” en un Estado social y democrático de Derecho¹⁹.

Desde esta perspectiva, se puede apreciar en ciernes una primera gran limitación de la democracia como justificación de la legitimidad en el proceso de creación estatal del Derecho, ya que este poder creador del Estado se vería limitado, desde el enfoque de la democracia material, por los estándares mínimos de los derechos humanos.

¹⁶ Aguilar Cavallo, Gonzalo (2012), pp. 717-750.

¹⁷ Háberle, Peter (2010), pp. 379-411, especialmente, p. 387.

¹⁸ Buergenthal, *et al.* (2009), p. 26; Franck, Thomas (2000), p. 25; Fox, Gregory (2000), pp. 48-49.

¹⁹ González Schmal, Raúl (2001), p. 87; Valadés, Diego (1994), p. 24.

Cabe también aquí señalar que en la determinación de los estándares mínimos de derechos humanos normalmente intervienen órganos extra-estatales, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

G) PROCESO EN CIERNE DE UN *IUS COMMUNE* INTERAMERICANUM

En la última década, la doctrina nacional y comparada ha desarrollado los supuestos básicos para que se produzca el lento surgimiento de un *ius commune interamericanum*. Tal como ha sostenido Ferreira Mendes, “[l]a eficacia interna de derechos fundamentales consagrados en textos internacionales es un elemento esencial en la constitución de un Derecho constitucional común”²⁰.

En este sentido, este derecho común resultaría sobre todo de la aplicación a nivel nacional, por todos los órganos del Estado, de los estándares mínimos que emergen del derecho aplicable en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tal como ha sido interpretado por sus órganos internacionales de supervigilancia, en la medida que el ordenamiento jurídico estatal no proporcione una solución más favorable para el individuo, comunidad o pueblo. En este contexto, a propósito de la situación de Brasil, Ferreira señala que no se puede olvidar que el país “está inserto en ese contexto iberoamericano, donde todos estamos sometidos a un orden comunitario en materia de derechos humanos; un orden positivo, expresado en el Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuya protección jurídica sigue avanzando a través del profundo trabajo realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”²¹.

Del mismo modo, no podemos sino estar de acuerdo con Sarlet, cuando indica que “un derecho constitucional común presupone Estados constitucionales auténticos y no meros simulacros, como lo que todavía se encuentran diseminados por el Globo, inclusive en América Latina (aunque disfrazados de Estados democráticos de Derecho), incluso superada la época de las dictaduras”²². Como ejemplo, Sarlet afirma que en el terreno del reconocimiento en sí mismo de una

²⁰ Ferreira Mendes, Gilmar (2009), p. 85.

²¹ Ferreira Mendes, Gilmar (2009), pp. 65-86, especialmente, p. 85.

²² Sarlet, Ingo Wolfgang: (2009), pp. 87-134, especialmente, p. 133.

prohibición de retroceso en el ámbito de los derechos sociales se puede hablar de un derecho constitucional común²³.

2 LOS LÍMITES A LA DEMOCRACIA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son un límite infranqueable para el ejercicio del poder, de todo poder. En primer lugar, para el ejercicio del poder soberano estatal. Esto significa que el Estado, a través de la actuación de cualquiera de sus agentes (legislativo, ejecutivo y judicial) se encuentra obligado a respetar, proteger y garantizar, los derechos fundamentales de los seres humanos. En este sentido, el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 señala que “los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”. Por su parte, la Resolución que aprobó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 indica que “los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”.

Este primer aspecto, es tan esencial a la noción misma del constitucionalismo y del Estado de Derecho que ya en 1789, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano señalaba que “[u]na Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.” En el caso de la Constitución chilena de 1980, esto es indicado expresamente en la Constitución, en el artículo 5º inciso 2º. En segundo lugar, los derechos humanos se erigen como una limitación al poder privado. Esta afirmación es de la esencia del Estado de Derecho y, en el caso de Chile, la Constitución lo declara expresamente en el artículo 6º.

En la primera dimensión, los límites al poder soberano se extenderían incluso al poder constituyente originario, configurándose de esta manera, en una barrera para la aplicación de la regla básica de la democracia formal, esto es, el procedimiento de adopción de decisiones basados únicamente en la

²³ Sarlet, Ingo Wolfgang: (2009), pp. 87-134, especialmente, p. 130.

consideración del número de votos. Esta evolución teórica cuenta con relevantes ejemplos de recepción jurisprudencial. En este apartado, examinaremos, en primer lugar, la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual, desde sus inicios, ha ido fraguando los pilares fundamentales del sistema de derechos humanos al que Chile se encuentra sujeto, por propia voluntad del Estado. Posteriormente, analizaremos brevemente, la jurisprudencia nacional.

2.1 LOS PILARES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE IDH

A la luz de esta jurisprudencia se podría intentar responder la pregunta acerca de si el primer intento de acuerdos de paz en Colombia, que consagraba ciertos beneficios para presuntos autores de crímenes contra la humanidad, es compatible con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional penal.

2.1.1 *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*

En uno de sus primeros casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló uno de los pilares fundamentales relativo a las limitaciones que de los derechos humanos emanan para el ejercicio del poder estatal. En efecto, en el caso *Velázquez Rodríguez* la Corte IDH afirmó lo siguiente:

“Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.”²⁴

Luego, la Corte IDH realizó otra afirmación de principio, esta vez, referida más precisamente a la ejecución de prácticas de desaparición forzada de personas, constitutivas de crímenes contra la humanidad. En esta línea, la Corte señaló lo que sigue:

²⁴ Sentencia de la Corte IDH: *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Serie C No. 4, para. 154.

“La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención [...]”²⁵

En un caso más reciente, Tribunal Constitucional *vs.* Perú, de 2001, la Corte IDH reiteró su jurisprudencia constante en torno al efecto limitador del poder de los derechos humanos. Es así como los jueces interamericanos sostuvieron lo siguiente:

“El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención.”²⁶

2.1.2 *Caso Barrios Altos vs. Perú*

En uno de los casos más relevantes debido a la historia de América Latina, en 2001 la Corte IDH comenzó a consolidar su doctrina pretoriana acerca de los crímenes contra la humanidad, las obligaciones positivas de los Estados y la imposibilidad de ampararse en su derecho interno para no cumplir las obligaciones internacionales.

En efecto, el caso *Barrios Altos vs. Perú*, de 2001, la Corte IDH se pronunció respecto de las denominadas autoamnistías, auto-otorgadas por Estados soberanos, aun cuando, por gobiernos de facto. En efecto, en *Barrios Altos*, la Corte IDH señaló lo siguiente:

“Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción

²⁵ Sentencia de la Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Serie C No. 4, para. 158.

²⁶ Sentencia de la Corte IDH: *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 68.

y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”²⁷

En este caso, la Corte IDH comenzó la senda de una doctrina que se encuentra en proceso de desarrollo. Aplicando criterios de coherencia y racionalidad, la Corte intenta prevenir la ocurrencia de violaciones equivalentes a aquellas que está conociendo. De esta manera, cumple con el objetivo y el fin del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en el sentido de que el principal responsable de velar por el respeto de los derechos humanos es el Estado, y sus tribunales nacionales. A este respecto, el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala claramente que los Estados partes reconocen “que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;”²⁸ En este sentido, la Corte IDH afirma lo que sigue:

“Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.”²⁹

²⁷ Sentencia de la Corte IDH: *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo Serie C No. 75, para. 41.

²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

²⁹ Sentencia de la Corte IDH: *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Serie C No. 75, para. 44.

En esta línea, la Corte IDH parece indicarles a los Estados partes que sus decisiones deben ser tenidas extensivamente en cuenta para lograr un efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del sistema interamericano. Cuando la Corte señala que las normas internas violatorias de los derechos humanos “no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana”, parece indicar que su jurisprudencia tiene un efecto *erga omnes* aplicables a todos los casos similares³⁰. Con esto, estamos a las puertas de la figura del precedente y, además, a la configuración del derecho interamericano como un derecho verdaderamente supranacional³¹.

2.1.3 Caso *Gelman vs. Uruguay*

El caso *Gelman* es uno de los *leading case* de la Corte IDH. En este caso, la Corte IDH aborda la pregunta acerca de si una ley de amnistía de crímenes contra la humanidad, adoptada democráticamente por un parlamento democrático e, incluso, refrendada por el poder soberano directo por la vía del referéndum, es compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, y, especialmente, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este contexto, a propósito de la legitimidad *prima facie* otorgada por el carácter democrático de la norma, la Corte IDH señala lo siguiente:

“El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia – recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay) – en 1989 y – plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley – el 25 de octubre del año 2009, se

³⁰ Hitters, Juan Carlos (2013), pp. 315-329.

³¹ Cfr. Bazán Chacón, Iván Arturo (2011) pp. 283-317.

debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.”³²

Además, la Corte IDH retoma una larga tradición reiterada en los primeros años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, vinculada con las leyes injustas. Alexy ha señalado a este respecto que “[e]n general es Derecho lo promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz; sólo cuando se traspasa el umbral de la extrema injusticia, las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica. Por ello, se le puede dar la siguiente versión sucinta a la fórmula de Radbruch: Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”³³. La Corte IDH asume la posición de que ni siquiera las leyes adoptadas siguiendo el principio formal de las mayorías pueden violar las normas de derechos humanos, y con mucha mayor razón, tratándose de las normas imperativas de derecho internacional. En efecto, la Corte señala claramente a este respecto, lo siguiente:

“La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de

³² Sentencia de la Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 221, para. 238.

³³ Alexy, Robert (2001), pp. 75-95, especialmente, p. 76.

las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley’. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.”³⁴

Esto nos permite introducir la pregunta acerca de la validez conforme al derecho internacional de los derechos humanos de los originales Acuerdos de Paz en Colombia, de 24 de agosto de 2016.

Los acuerdos de Paz en Colombia, 24 de agosto de 2016, originalmente tenían previsto la creación de una institucionalidad para la paz, compuesta de los siguientes mecanismos y medidas: Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; Jurisdicción Especial para la Paz; Medidas de reparación integral para la construcción de la paz; y Garantías de No Repetición.

En la parte relativa a la actividad jurisdiccional relacionada con actos y crímenes cometidos durante el enfrentamiento, el Acuerdo crea una jurisdicción especial para la paz. Esta jurisdicción se funda en una serie de principios de carácter ético y jurídico. Así, el Acuerdo señala que “[e]l Estado tiene autonomía para conformar jurisdicciones o sistemas jurídicos especiales, derivado de lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas sobre la soberanía y libre autodeterminación de las naciones, y de lo establecido en los Principios del Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional Humanitario, el

³⁴ Sentencia de la Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 221, para. 239.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal”³⁵.

Luego, el Acuerdo define esta nueva jurisdicción que es creada para conocer de crímenes cometidos durante el conflicto. En este sentido, la “Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), es una jurisdicción especial que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos. Entrará en vigor en los términos establecidos en el Acuerdo Final. Se aplicará únicamente a conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor”³⁶.

Respecto de la amnistía, el Acuerdo establece una serie de reglas, que en un inicio parece conformarse con las normas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. Así, el Acuerdo establece que “[h]ay delitos que no son amnistiables ni indultables de conformidad con los numerales 40 y 41 de este documento. No se permite amnistiar los crímenes de lesa humanidad, ni otros crímenes definidos en el Estatuto de Roma”³⁷. Respalda esta afirmación el siguiente párrafo: “No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma. En la ley de amnistía se determinarán las conductas tipificadas en la legislación nacional que no serán amnistiables, siempre que se correspondan con los enunciados anteriores. Las normas precisarán el ámbito y alcance de estas conductas en concordancia con lo previsto en el Estatuto de Roma, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Internacional Humanitario”³⁸.

Pero, a medida que avanza el proyecto de Acuerdo de Paz, comienza a visualizarse una distinción, cuya justificación resulta difícil de explicar, así como verdaderas excepciones a las reglas del derecho internacional de los

³⁵ Acuerdos de Paz en Colombia, 24 de agosto de 2016, Cap. Sistema Integral, para. 4.

³⁶ Acuerdos de Paz en Colombia, 24 de agosto de 2016, Cap. Sistema Integral, para. 9.

³⁷ Acuerdos de Paz en Colombia, 24 de agosto de 2016, Cap. Sistema Integral, para. 25.

³⁸ Acuerdos de Paz en Colombia, 24 de agosto de 2016, Cap. Sistema Integral, para. 40.

derechos humanos. En efecto, el Acuerdo indica que “[e]l tratamiento de justicia para los integrantes de las FARC-EP, para los agentes del Estado y para otros actores que hayan participado en el conflicto, ya sea como combatientes o como no combatientes, cuando hayan cometido delitos, puede ser diferente pero equilibrado y equitativo”³⁹.

Y, luego, el Acuerdo deja en claro la alteración a las reglas básicas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos al establecer un régimen especial para los agentes del Estado involucrados. En efecto, el Acuerdo señala que “respecto a los agentes del Estado, se establece un tratamiento especial, simultáneo, equilibrado y equitativo basado en el Derecho Internacional Humanitario. Dicho tratamiento diferenciado valorará lo establecido en las reglas operacionales de la fuerza pública en relación con el DIH. En ningún caso la responsabilidad del mando podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la fuerza pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes”⁴⁰.

Sabemos que este Acuerdo ha sido renegociado luego del rechazo en el plebiscito de fecha 2 de octubre de 2016. Finalmente, el Congreso colombiano aprobó el nuevo texto del Acuerdo de Paz de 24 de noviembre de 2016, con fecha 30 de noviembre de 2016. Las disposiciones del Acuerdo de Paz que se han mencionado precedentemente se han mantenido intactas. Frente a esto, cabe preguntarse si estas disposiciones cumplen con el estándar mínimo proveniente del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional penal.

El 18 de noviembre de 2016, el Presidente de Colombia, Juan Manuel Santos se reunió con el Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), James Cavallaro. En dicha reunión el Presidente Cavallaro expresó al Presidente Santos que la CIDH continuará monitoreando que la

³⁹ Acuerdos de Paz en Colombia, 24 de agosto de 2016, Cap. Sistema Integral, para. 34.

⁴⁰ Acuerdos de Paz en Colombia, 24 de agosto de 2016, Cap. Sistema Integral, para. 44.

implementación del acuerdo se realice dentro del respeto y garantía a los estándares interamericanos de derechos humanos⁴¹.

2.2 CASO CONSEJOS DE GUERRA: CORTE SUPREMA CHILENA

Dentro de la misma línea de las sentencias anteriores, la Corte Suprema ha desarrollado los estándares provenientes del derecho internacional de los derechos humanos y, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta línea, la Corte IDH ha afirmado, al menos, tres principios de base, a saber, el principio de interpretación conforme al derecho internacional, el principio de interpretación *pro homine* o favor persona; principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a los derechos, y el criterio de que la normativa del derecho internacional de los derechos humanos tiene rango constitucional.

2.2.1 Desarrollo de principios básicos

En primer lugar, ha utilizado el principio de interpretación conforme al derecho internacional:

“En ese orden, los tribunales tienen la obligación de intentar una interpretación de las normas nacionales que afecten derechos humanos que sea armónica con las obligaciones internacionales del Estado en este campo, aun cuando dichas normas internas en sí mismas no se ajusten a la Convención.”⁴²

En segundo lugar, ha reconocido el principio de interpretación *pro homine* o favor persona:

“[...] atendidas las particularidades de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho Constitucional como el nuestro, dichos derechos deben interpretarse de acuerdo a ciertos criterios y, uno de éstos, es el principio *pro persona*, de acuerdo al cual debe preferirse aquella

⁴¹ Comunicado de prensa CIDH 178/16, reafirma su apoyo al proceso de paz en Colombia y monitorea cumplimiento de estándares interamericanos. Disponible en: <<http://us6.campaign-archive2.com/?u=af0b024f4f6c25b6530ff4c66&id=6d539bf0db&e=27a3c9719d>> [Consultado el 1 de diciembre de 2012]

⁴² Sentencia de la Corte Suprema: *Caso Maldonado y otros*, Consejos de Guerra. Recurso de Revisión. Rol N° 27.543-16. Considerando 11°.

norma o interpretación que de mayor efectividad a la protección de los derechos humanos.”⁴³

Respecto del principio *pro homine*, Benavides ha reiterado que “ha sido desarrollado por la doctrina y perfeccionado por la labor de la Corte, al darle sentido, contenido y definirlo como un criterio de interpretación aplicable necesariamente por los órganos al momento de aplicar la Convención. Este principio ampliamente desarrollado por la Corte no es otra cosa que la explicitación del texto expreso del artículo 29 de la Convención [...]”⁴⁴.

En tercer lugar, la Corte Suprema ha recurrido al principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a los derechos:

“Entonces, ya que se ordena por la CIDH que el mecanismo para revisar las sentencias que se ponga a disposición de quienes comparecieron ante dicho tribunal y los demás sentenciados por Consejos de Guerra sea ‘efectivo’, ello implica que el estudio de los extremos de la causal de revisión invocada del artículo 657 N° 4 del Código de Procedimiento Penal, debe efectuarse por esta Corte Suprema de manera de no sujetar la procedencia de esa causal a condicionamientos excesivos, lo que, por ende, conducirá a rechazar interpretaciones de los requisitos legales para su admisión o estimación que sean poco razonables o restrinjan injustificadamente dicho acceso o sus posibilidades de ser acogido.”⁴⁵

Por otra parte, la Corte Suprema, siguiendo una larga tradición jurídica iniciada hace décadas, ha reiterado el criterio de que la normativa del derecho internacional de los derechos humanos tiene rango constitucional. Esta tradición jurídica, que responde a un estado de evolución ética, jurídica y cultural, se ve muy bien reflejada en la sentencia Molco, cuando la Corte alude a su jurisprudencia reiterada, a saber:

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema: *Caso Maldonado y otros*, Consejos de Guerra. Recurso de Revisión. Rol N° 27.543-16. Considerando 11°.

⁴⁴ Benavides-Casals, María Angélica (2015), pp. 141-166, especialmente p. 156.

⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema: *Caso Maldonado y otros*, Consejos de Guerra. Recurso de Revisión. Rol N° 27.543-16. Considerando 11°.

“Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, ‘valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos’ (S.C.S., 30.01.1996).”⁴⁶

Siguiendo esta misma tradición, en el caso de los Consejos de Guerra, la sentencia indica que “esta Corte Suprema debe procurar adoptar una interpretación de las normas procesales nacionales que conduzca al resultado indicado en ese pronunciamiento, dado que lo resuelto por la CIDH no busca sino hacer realidad el derecho a un recurso efectivo y rápido que consagra la Convención Americana de Derechos Humanos que fue suscrita y ratificada por Chile y, por tanto, derecho vigente de nuestro ordenamiento de rango constitucional conforme al artículo 5, inciso 2º, de la Carta Fundamental”⁴⁷.

En la misma línea, resulta relevante resaltar que este principio rector ha sido también afirmado sin ambages por el propio Tribunal Constitucional, lo que le abona en nitidez y coherencia al ordenamiento jurídico. En efecto, los jueces constitucionales han señalado lo siguiente:

“Que de lo expuesto en los considerandos anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales, cabe señalar, por su íntima vinculación con el problema que se analiza, los siguientes:

[...] que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la

⁴⁶ Sentencia de la Corte Suprema: *Caso Molco* (Sala Penal). Rol N° 559-2004. Considerando 22º.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema: *Caso Maldonado y otros*, Consejos de Guerra. Recurso de Revisión. Rol N° 27.543-16. Considerando 11º.

Constitución, razón por la cual ésta no los crea sino que los ‘reconoce y asegura’ [...]”;⁴⁸

2.2.2 *El control de convencionalidad*

Por último, la Corte Suprema, en el caso de los Consejos de Guerra, así como lo ha hecho en otras oportunidades, ha efectuado un control de convencionalidad. En efecto, la Corte Suprema chilena ha asumido en plenitud la doctrina del control de convencionalidad, respaldándose para ello, no sólo en sentencias donde Chile ha sido condenado, sino también en jurisprudencia relativa a otros Estados miembros del sistema, tales como México o Barbados. En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido lo siguiente:

“Ratificando y respaldando todo lo antes razonado, la CIDH ha declarado que ‘cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio 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, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana’ (Caso Radilla Pacheco vs. México, párr. 339; Caso Boyce y otros vs. Barbados, párr. 78; Caso Almonacid Arellano, párr. 12423).”⁴⁹

Adicionalmente, en relación con la extensión y alcance del derecho de acceso a la justicia, la Corte Suprema ha realizado el control de convencionalidad refiriéndose al caso Cantos vs. Argentina (Cantos vs. Argentina, párr. 54).

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional: *Requerimiento formulado por el ministro del interior, en virtud del artículo 82 de la Constitución, para que se declare la responsabilidad del señor Clodomiro Almeyda Medina por infracción al artículo 8º de la Constitución*. Rol Nº 46-87. Considerando 19º.

⁴⁹ Sentencia de la Corte Suprema: *Caso Maldonado y otros, Consejos de Guerra. Recurso de Revisión*. Rol Nº 27.543-16. Considerando 11º.

Respecto del control de convencionalidad, cabe destacar que la Corte Suprema de Chile no sólo ha realizado el control relativo a la norma internacional obligatoria para el Estado sino además, ha utilizado la segunda vertiente del control, vale decir, aquella vinculada a la consideración de la interpretación que de las normas convencionales ha hecho la Corte IDH, intérprete final de la Convención American sobre Derechos Humanos.

Estamos conscientes del debate doctrinario que se ha generado, con especial intensidad, en Chile, en torno al control de convencionalidad. Tenemos presente que un sector de la doctrina nacional ha elaborado agudas críticas a la doctrina enunciada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁰. Es bueno y sano que se produzca este debate con el fin de transparentar las posiciones ideológico-jurídicas que se encuentran detrás del entramado argumentativo. Un avance en este sentido se encuentra constituido por la disputa subyacente entre el positivismo y, lo que Henríquez y Núñez denominan el no positivismo, que lo asocian al iusnaturalismo. Una idea que expresa justamente esta disputa son afirmaciones de los autores tales como la siguiente: “De allí la importancia de reconocer en la certeza jurídica un pilar del Estado de Derecho. Asunto cuya importancia autoevidente no hace necesarias mayores divagaciones”⁵¹. A primera vista, este aserto parece más cercano del naturalismo que del positivismo. ¿Qué entienden por certeza jurídica, cuál es su contenido, cuál es su alcance en una noción de Estado de Derecho cuyo significado tampoco nos explicitan? En todo caso, científicamente, esta afirmación merecería ser justificada para poder ser sometida a escrutinio. Lamentablemente, este trabajo no tiene por objetivo analizar las visiones críticas y las objeciones al control de convencionalidad.

Con todo, resulta interesante tener en consideración, que la Corte Suprema no es la única que ha realizado un control de convencionalidad sino también lo ha hecho el Tribunal Constitucional chileno. Creemos que esto último refuerza la coherencia de la Corte Suprema y fortalece la doctrina pretoriana de la Corte IDH. En este sentido, en un caso sobre la validez de normas legales que establecían una amplia competencia de los tribunales militares, el Tribunal Constitucional asume expresamente una parte muy relevante del contenido del control de convencionalidad, consistente en admitir que la Corte Interamericana

⁵⁰ V.gr. Fuentes Torrijó, Ximena (2008), pp. 483-505; Henríquez Viñas, Miriam Lorena (2014), pp. 113-141; Henríquez Viñas, Miriam Lorena y Núñez, José Ignacio (2016), pp. 326-339; Incluso, dentro de la doctrina latinoamericana, se puede mencionar Castilla Juárez, Karlos (2013), pp. 51-97.

⁵¹ Henríquez Viñas, Miriam Lorena y Núñez, José Ignacio (2016), pp. 326-339, especialmente p. 338.

de Derechos Humanos es el intérprete auténtico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la aludida convención, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que solo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense.”⁵²

En este caso, cabe resaltar que no se trata de la primera vez que el Tribunal Constitucional recurre al uso de la jurisprudencia interamericana. En las sentencias de mayoría se ha usado la Opinión Consultiva Colegiación Obligatoria de Periodistas de 1985⁵³. En votos separados se ha usado el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*; *Ricardo Canese vs. Paraguay* y *Tristán Donoso vs. Panamá*, casos donde el Estado de Chile no ha sido parte⁵⁴.

Esto permite demostrar cuál es la práctica de los máximos tribunales del Estado. Y, dicho sea de paso, esta no es una práctica aislada al interior de nuestro ordenamiento ni en consideración del derecho comparado. Esta conducta de los tribunales estatales se repite en otras jurisdicciones de Estados que han aceptado la competencia de la Corte IDH⁵⁵. Por último, cabe mencionar que la

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2493-13. Considerando 8°.

⁵³ Opinión Consultiva de la Corte IDH, OC-5/85, Serie A N° 5, para. 55. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia> [Consultado el 20 de julio de 2014]; Sentencia de Tribunal Constitucional Rol N° 2358-12, Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/> [Consultado el 20 de julio de 2014]; Sentencia de Tribunal Constitucional Rol N° 2358-12, Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/> [Consultado el 20 de julio de 2014].

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Diputado señor Joaquín Godoy Ibáñez respecto del artículo 2331 del Código Civil, en los autos Rol N° 8340-2009, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios que se sigue en contra del señor Vasco Moulián Herrera, ante el Ministro de Fuero de la Corte de Apelaciones de Santiago, señor Juan Eduardo Fuentes Belmar*. Rol N° 1798-10.

⁵⁵ Además de las sentencias referidas a Chile mencionadas en el cuerpo de este artículo, ver, v. gr. Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú: Exp. N° 01126- 2011-HC-TC, Madre de Dios, Juana Griselda Payaba Cachique, para. 21; Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica: Recurso de Amparo interpuesto por Deydalia Solano Bonilla, cédula de identidad número 03-0140-0944, contra el Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor. Exp: 08-015185-0007-CO, Res. N° 2008-018902, para. IV; Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-327/16 (Exp. D-11058); Para una revisión general de ejemplos de sentencias de países del sistema interamericano, ver <http://www.kas.de/wf/doc/7426-1442-4-30.pdf>. [Consultado el 1 de diciembre de 2016]

doctrina del control de convencionalidad, en la línea desarrollada por el sistema interamericano, se ha extendido a otras regiones y contextos⁵⁶.

CONCLUSIÓN

La globalización política y jurídica ha alterado la noción de soberanía. Sobre esta noción se construyó el Estado moderno y se elaboraron los principios fundamentales del moderno derecho público. Por lo tanto, la alteración en el sentido y alcance de la soberanía también produce una afectación de los principios fundantes del derecho público moderno. Como consecuencia de esto, se produce un verdadero cambio de paradigma.

No se trata de sostener que el Estado o el derecho público, como manifestaciones de la soberanía del Estado, podrían desaparecer, sino más bien, que hay un reposicionamiento en su entendimiento. En parte, los derechos humanos, con sus características de universalidad e indivisibilidad, han jugado un rol determinante de este cambio de paradigma. Desde la perspectiva del constitucionalismo, este cambio de paradigma podría denominarse “de los derechos”.

Una manifestación patente, desde nuestra visión, de este cambio de paradigma es que los derechos humanos se han erigido en un límite infranqueable por parte de Estado y de todo su poder soberano. Esto incluye al poder constituyente, incluso originario, limitando por esta vía, el sistema formal de toma de decisiones democráticas, reflejado en la regla de las mayorías. Este verdadero sistema de limitaciones provenientes de los derechos humanos, y que ha sido desarrollado por la Corte IDH como intérprete auténtico, ha sido asumido lentamente por los tribunales nacionales chilenos, especialmente por la Corte Suprema, pero también por el Tribunal Constitucional. Esto constituye sólo el inicio de un largo camino que deberá remontar la, a veces, férrea oposición de la doctrina y la política, a la actuación y a la jurisprudencia de la Corte IDH. Quizás podría colaborar para superar las controversias, admitir que la coherencia del sistema jurídico viene dado, en el siglo XXI, por el “propósito de consolidar en

⁵⁶ Ver especialmente los desarrollos en el sistema jurídico español. Canosa Usera, Raúl (2015) “Con un sano activismo y con un notable respaldo doctrinal – siempre en palabras de Canosa Usera –, la Corte Interamericana parece buscar no sólo la conformidad de los ordenamientos nacionales con los instrumentos internacionales de referencia, sino también una armonización plena entre el sistema supranacional y los sistemas nacionales y, en consecuencia, la conversión de las jurisdicciones internas en instrumentos auxiliares de la Corte Internacional en la irradiación y observancia de los derechos humanos.” García Murcia, Joaquín (2015), pp. 464-467; Salcedo Beltrán, María Carmen (2014), pp. 29-56; Nuevo López, Pablo (2015), pp. 141-160.

este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2012): “El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 mayo de 2012”, en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2, pp. 717-750.

ALEXY, Robert (2001): “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Faculdade de Direito*, núm. 5.

APTER, David E. (2007): “La mondialisation et les conséquences politique du pluralisme négatif”, en *Revue Internationale des Sciences Sociales*, núm. 192, Vol. 2, pp. 285-300.

BAZÁN CHACÓN, Iván Arturo (2011): “El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Perú. Una evaluación preliminar”, en *Ars Boni et Aequi*, año 7, núm. 2, pp. 283-317.

BENAVIDES-CASALS, María Angélica (2015): “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 27, pp. 141-166.

BOUDIN, Michael (2006): “The Real Role of Judges”, in *Boston University Law Review*, Vol. 86, pp. 1097-1099.

BUERGENTHAL, Thomas; Shelton, Dinah; Stewart, David P. (2009): *International Human Rights in a Nutshell*. Washington, Thomson Reuters, 4th edition.

BOGDANDY, Armin von (2008): “Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law”, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, num. 3 y 4, pp. 397-413, especialmente p. 398.

CANOSA USERA, Raúl (2015): *El control de convencionalidad*. (Pamplona, Civitas-Thomson Reuters)

CASTILLA JUÁREZ, Karlos (2013) “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. XIII, pp. 51-97.

DELMAS-MARTY, Mireilles (2016): “Vers une communauté de valeurs: Les droits fondamentaux”. Disponible en: <https://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmas-marty/UPL27270_6_Activit_s_2007_2008_v3.pdf> [Consultado el 1 de diciembre de 2016]

FRANCK, Thomas (2000): "Legitimacy and the Democratic Entitlement", in Fox, Gregory H. and Roth, Brad R. (eds.): *Democratic Governance and International Law*. (Cambridge, CUP)

FERREIRA MENDES, Gilmar: (2009) "La construcción de un Derecho Común Iberoamericano. Consideraciones en homenaje a la doctrina de Peter Häberle y su influencia en Brasil", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6, núm. 11, pp. 65-86.

FOX, Gregory. (2000): "The Right to Political Participation in International Law", in Fox, Gregory H. and Roth, Brad R. (eds.): *Democratic Governance and International Law*. Cambridge, CUP.

FUENTES TORRIJO, Ximena (2008): "International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple", in *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, núm. 77, pp. 483-505;

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2009): *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. 3ª edición (Pamplona, Civitas)

GARCÍA MURCIA, Joaquín (2015): "Recensión: Raúl Canosa Usera, El control de convencionalidad, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2015, 134 pp.", en *Foro*, nueva época, Vol. 18, núm. 1, pp. 464-467.

GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl (2001): "Democracia semidirecta y democracia participativa", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (Coord.): *Democracia y gobernabilidad*. Memorial del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional. México, UNAM-IIIJ.

HÄBERLE, Peter (2010): "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 7, núm. 13, pp. 379-411.

HÄBERLE, Peter (2015): "Palabras clave para el constitucionalismo de hoy: Una perspectiva alemana", en *Themis, Revista de Derecho*, núm. 67, pp. 15-22.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena (2014): "La polisemia del control de convencionalidad interno", en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 24, pp. 113-141;

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena y Núñez, José Ignacio (2016): "El control de convencionalidad: ¿Hacia un no positivismo interamericano?", en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, pp. 326-339;

HITTERS, Juan Carlos (2013): "Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana", en *Pensamiento Constitucional*, núm. 18, pp. 315-329.

NUEVO LÓPEZ, Pablo (2015): “Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 50, pp. 141-160.

ROLLA, Giancarlo (2009): “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en una perspectiva comparada. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6, núm. 11, pp. 135-163.

SALCEDO BELTRÁN, María Carmen (2014): “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España”, en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 4, núm. 2, pp. 29-56.

SARLET, Ingo Wolfgang (2009): “Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6, núm. 11, pp. 87-134.

STERN, Brigitte (2000): “La mondialisation du droit”, en *Revue Projet*, 2 juin 2000. Disponible en: <<http://www.revue-projet.com/articles/la-mondialisation-du-droit/>> [Consultado el 1 de diciembre de 2016]

ORDÓÑEZ-SOLÍS, David (2007): “Los jueces europeos en una sociedad global: poder, lenguaje y argumentación”, en *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, núm.2, 2007, pp. 1-30.

VALADÉS, Diego, (1994): “*Constitución y política*”. (México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas)

JURISPRUDENCIA CITADA

Comunicado de prensa de la Corte IDH 178/16, de fecha 1 de diciembre de 2016.

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-327/16 (Exp. D-11058) de 22 de junio de 2016.

Sentencia de la Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988.

Sentencia de la Corte IDH: *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, de 31 de enero de 2001.

Sentencia de la Corte IDH: *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, de 14 de marzo de 2001.

Sentencia de la Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*, de 24 de febrero de 2011.

Sentencia de la Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985.

Sentencia de la Corte Suprema: *Caso Maldonado y otros*. Rol N° 27.543-16, de 3 de octubre de 2016.

Sentencia de la Corte Suprema: *Caso Molco* (Sala Penal). Rol N° 559-2004, de 13 de diciembre de 2006.

Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Exp: 08-015185-0007-CO, Res. N° 2008-018902, de 19 de diciembre de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú: Exp. N° 01126- 2011-HC-TC, de 11 de septiembre de 2012.

Sentencia del Tribunal Constitucional: Rol N° 46-87, de 21 diciembre de 1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1798-10, de 29 de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2358-12 de 9 de enero de 2013,

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2493-13.

Opinión Consultiva de la Corte IDH, OC-5/85, Serie A N° 5, de 13 de noviembre de 1985.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Acuerdos de Paz en Colombia, 24 de agosto de 2016, Cap. Sistema Integral.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Submissão em: 16.12.2016

Aceito em: 02.01.2017

