

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO MECANISMO PARA UNA JUSTICIA TRANSICIONAL EFECTIVA

Semillero de Derecho Procesal
Facultad De Derecho Universidad Diego Portales*

*Francisca Carrasco Masoglia, Paola Díaz Fernández,
Carolina Durán Nicomán, Maximiliano Fuentes Cid,
Gustavo Fuenzalida Muñoz, Javiera Guerra Hernández,
Paula Gómez Guerra, Hannan Hananias Guarnieri,
Javiera Lagos Magnere, Javiera Matus León***

Director del semillero: *Ricardo Lillo Lobos*

Resumen

Luego de las dictaduras en América Latina, a fines del siglo XX surge en la región un proceso de retorno a la democracia marcado por lo que se ha definido como Justicia Transicional. Como parte de esta idea, las reformas a las instituciones, y en particular a aquellas de los sistemas de justicia, ha sido fundamental. En este contexto, es posible

* Artículo inédito. Recibido 3 de septiembre de 2016 – Aprobado el 30 de marzo de 2018.

Para citar el artículo: CARRASCO MASOGLIA, Francisca; Díaz Fernández, Paola; et ad. Control de convencionalidad como mecanismo para una justicia transicional efectiva. *Revista de Derecho Procesal Contemporáneo – ICDP*. No. 6, Enero – Junio de 2018. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. pp. 41-77.

Este artículo es la base de la ponencia presentada por los autores en el XVII Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 31 de agosto, 1 y 2 de septiembre del 2016, en la ciudad de Medellín.

** Los autores son estudiantes que conformaban el grupo de semilleros de investigación de derecho procesal de la Universidad Diego Portales de Chile.

concebir el Control de Convencionalidad, desarrollado en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, como una herramienta para su fortalecimiento en los países de la región. El problema es que más allá de su desarrollo a nivel teórico, no se han establecido criterios o estándares mínimos para su implementación práctica. En consecuencia, es posible observar una gran heterogeneidad entre nuestros países, tanto en la manera de aplicar el mecanismo como respecto a sus resultados. Frente a este desafío, y como objetivo central de nuestro trabajo, como Semillero proponemos lineamientos básicos que los Estados latinoamericanos pudiesen seguir a modo de guía en los procesos de reforma que lleven a cabo en esta materia.

Palabras clave: justicia transicional, control de convencionalidad, mecanismos criterios, lineamientos básicos.

Abstract

After the dictatorships in Latin America, by the end of the 20th century a process to return to democracy began in the region. This process was defined by what have been called Transitional Justice. As a part of this ideal, the reform of the institutions and especially of the justice systems have been essential. In this context, it possible to conceive the doctrine of the Control of Conventionality developed in the Inter-American Human Rights System, as a tool for the strengthening of the transition in the region. The problem is that beyond of its theoretical development of the concept, the minimum standards and criteria for its effective implementation has not been established. Accordingly, it is possible to find an important heterogeneity among our countries, not only in the manner by which it is applied but also in its outcomes. In front of this challenge, and as main objective of this document, we propose some basic guidelines aimed to be helpful for the reform efforts that might take place on this area by the Latin American States.

Key words: transitional justice, conventionality control, criteria mechanisms, basic guidelines.

INTRODUCCIÓN

Distintos conflictos sociales a lo largo de la historia (Por ejemplo ambas guerras mundiales y la guerra fría) hicieron surgir la necesidad de consagrar o garantizar el

respeto a los derechos fundamentales de las personas. Así se fue consagrando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto mediante la creación de instrumentos como de mecanismos de resguardo, generando un verdadero sistema de protección de los Derechos Humanos¹.

Por su parte, América latina vivió durante la segunda mitad del siglo XX un período de gobiernos autoritarios, que se materializó en el surgimiento de una serie de dictaduras en los distintos países que la conforman. Es consistente señalar que en este período se sufrió de graves violaciones a los Derechos Humanos.

Posterior a la etapa autoritaria, América latina vivió un proceso de democratización que tuvo por característica fundamental la responsabilidad de cada Estado de no dejar impune las distintas transgresiones cometidas en dictadura, siendo indispensable a este respecto el concepto de Justicia Transicional.

La Justicia Transicional es básicamente “el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de Derechos Humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales”². Cabe destacar, entonces, que la Justicia Transicional es indispensable para la democratización de cada país, no solo porque consagra un deber de reparar las violaciones producidas por gobiernos autoritarios, sino también de adoptar medidas judiciales y políticas que fortalezcan o restablezcan la institucionalidad democrática luego de procesos violentos que afecten al Estado.

En este contexto tomó relevancia en América latina la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención), como actores centrales del sistema de protección de los Derechos Humanos. En particular, mediante su jurisprudencia se elaboró la doctrina del Control de Convencionalidad como una herramienta que permita a los Estados concretar la obligación de garantía de los Derechos Humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de sus normas y prácticas nacionales en

¹ No es un análisis cronológico del surgimiento del derecho internacional

² Véase en: <https://www.ictj.org/es/mision>. [visto el: 7 de marzo del 2016].

conformidad con la Convención, Corte IDH, su jurisprudencia y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte³.

No obstante lo anterior, los mecanismos adoptados por la Corte IDH, como lo son el Control de Convencionalidad y la Justicia Transicional, han sido necesarios pero no suficientes. En la práctica las obligaciones instauradas por la Convención en muchas ocasiones no son acatadas por los países, aun existiendo fallos que los obliguen. En concreto, el problema radica en que el Control de Convencionalidad como medio de Justicia Transicional no ha sido definido en cuanto mecanismo a ser implementado en los respectivos sistemas de justicia, entendiéndose por tal el poner en funcionamiento o aplicar métodos, medidas, entre otras, para llevarlo a cabo⁴.

Es por esto que se hace indispensable proponer un piso mínimo de medidas para que cada país latinoamericano, en su propio contexto, le sea posible implementar estos mecanismos. Para ello, por una parte es importante unificar criterios que sean incorporados por los sistemas de justicia de los países miembros del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante, SIDH o simplemente Sistema Interamericano), como respeto al debido proceso y los Derechos Humanos. Por la otra, a nivel institucional resulta relevante brindar ciertas recomendaciones para establecer lineamientos básicos de implementación. Finalmente, en cuanto a los actores, la capacitación adecuada para su aplicación.

En concordancia con lo anterior, el presente trabajo tiene por finalidad proponer principios bases que se deban incorporar y fortalecer al interior de los sistemas de justicia de los países miembros de la Convención, con el objetivo de lograr una efectiva implementación del Control de Convencionalidad como resguardo a los deberes de "*respetar, promover y garantizar*" los Derechos Humanos reconocidos tanto en el derecho interno como en el internacional.

Para esto, metodológicamente hemos efectuado una revisión bibliográfica en materia de derecho procesal y sistema interamericano, jurisprudencia tanto de la Corte

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos; "Cuadernillo Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de Convencionalidad" [en línea], p. 6. Véase en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf> [visto el: 7 de marzo del 2016]

⁴ Véase en: <http://dle.rae.es/?id=L4eKVkR> [visto el: 11 de junio del 2016].

IDH y de diversos países latinoamericanos y hemos entrevistado a diversos actores del sistema.

Para lograr este objetivo, estructuramos el trabajo de la siguiente manera: en primer lugar, se hace una aproximación al Control de convencionalidad y Justicia transicional(1); en segundo lugar, conocer el estado actual en la materia a nivel regional, algunos casos en el Sistema Interamericano y los problemas que surgen en relación a la implementación del Control de Convencionalidad y Justicia Transicional (2); en tercer lugar, se propondrán principios bases para la implementación del Control de Convencionalidad (3); y por último, las reflexiones que este Semillero ha elaborado a propósito de esta investigación.

I. MARCO TEÓRICO: JUSTICIA TRANSICIONAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. Aproximación a la Justicia Transicional

Las dictaduras existentes en América Latina a fines del siglo XX provocaron un panorama de inestabilidad política y graves violaciones a los Derechos Humanos. De esta forma, una vez retomada la democracia en cada uno de estos países surgió la necesidad de hacer valer la responsabilidad internacional de cada Estado para así no dejar en impunidad los crímenes cometidos durante estos periodos. En este sentido, con estos fines se volvió indispensable lo que se ha conocido como Justicia Transicional, la cual mediante un conjunto de medidas busca reparar de manera integral cada una de las áreas de la vida política, social, cultural, institucional, jurídica, u otras que se hayan visto afectadas.

La Justicia Transicional como concepto nace de la evolución de los estándares internacionales y nacionales de Derechos Humanos, y tiene como finalidad buscar respuesta a violaciones sistemáticas o generalizadas de estos derechos, además de reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia⁵. Es un proceso en el cual están en juego los intereses y expectativas de quienes toman decisiones de impacto colectivo y de quienes se ven afectados por ellas. Los

⁵ CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL (ICTJ), *¿Qué es justicia transicional?*, 2009, p.1.

resultados de este proceso tienen un efecto determinante en la vida individual y colectiva de las personas, así como en la configuración del presente, del futuro, y de la manera en que se reelaborará el pasado y reconfigurará la vida de un sistema político dado⁶.

La finalidad de la Justicia Transicional es encontrar un equilibrio razonable entre las exigencias contrapuestas de la justicia y la paz, entre el deber de castigar los crímenes impunes y honrar a sus víctimas, junto con el deber de reconciliar a los antiguos adversarios políticos, además de reformar las instituciones que componen el Estado. Desde este punto, debemos anticipar que no existen fórmulas perfectas de cómo tratar la transición, sino que cada país deberá adoptar las medidas que sean más adecuadas de acuerdo a los factores presentes en ese país⁷.

Dentro de los países que han aplicado su propia fórmula de Justicia Transicional se encuentran, específicamente en Latinoamérica: Argentina, Chile, Colombia, El Salvador y Guatemala. Estos países tienen como factor común la ocurrencia de distintas violaciones a los Derechos Humanos como desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, etc., las cuales fueron afrontadas luego de superar la falta de estabilidad política con distintos mecanismos, como comisiones de verdad, persecución penal, reparaciones económicas, desmovilización de grupos armados, etc. El principal problema en nuestra región ha sido la falta de capacidad que han tenido los Estados para efectivamente condenar a los que han sido indicados como supuestos responsables de las violaciones a los Derechos Humanos en cada país⁸. Citando al profesor Jaime Couso, "la impunidad no es solamente no castigo, sino que también un castigo desproporcionadamente bajo en relación con la gravedad del crimen cometido"⁹.

⁶ CASAS-CASAS, Andrés; HERRERA-TOLOZA, Germán, "El juego político de las reparaciones: Un marco político de las reparaciones en procesos de justicia transicional", en *Revista Papel Político*, Vol.13, N°1, 2008, Bogotá, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, p. 200.

⁷ CASTEN, Stahn, "La geometría de la justicia transicional: Opciones de diseño transicional", en RETTBERG, Angelika (compiladora), *Entre el perdón y el piedad: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, primera edición, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, p.85.

⁸ VALENCIA, Hernando, "Introducción a la Justicia Transicional", en Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana "Julio Cortázar" de la Universidad de Guadalajara, México, el 26 de Octubre de 2007, pp.2-6.

⁹ COUSO, Jaime. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, entrevistado el día 28 de Junio de 2016.

La Justicia Transicional se entiende cada vez más como un paradigma jurídico que consta de cuatro mecanismos o componentes: (i) *Acciones judiciales* contra los autores individuales de crímenes (ya sea por medio de tribunales nacionales o internacionales), (ii) *promoción de iniciativas de búsqueda de la verdad* para esclarecer abusos pasados y construir la memoria histórica (comisiones de verdad, entidades investigadoras), (iii) *reparación* tanto material, como inmaterial, de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos, y por último (iv) *la reforma inmediata de instituciones* importantes para la gobernabilidad democrática¹⁰.

1. a. Mecanismos principales de la Justicia Transicional

i) Reparaciones

Las víctimas de violaciones poseen el derecho a una reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido, incluyendo la restitución, indemnización y rehabilitación mental, física y social. Estos elementos son claves ya que se centran en forma directa y explícita en la situación de las víctimas, ofreciendo un resarcimiento de los derechos violados, daños sufridos y perjuicios soportados. De esta forma se reafirma su condición de titulares de derechos, lo cual sirve de vehículo para un reconocimiento público, junto con ayudar a construir confianza sobre el Estado y su compromiso por garantizar los Derechos Humanos¹¹.

Estas reparaciones pueden manifestarse de distintas formas de diseño, pudiendo ser (i) *amplias*, que abarca todas las medidas (administrativas, jurídicas, económicas, simbólicas, etc) utilizadas para compensar los distintos tipos de daños sufridos por las víctimas o bien de carácter (ii) *restringido*, las cuales buscan proveer beneficios (fundamentalmente económicos) directamente a las víctimas de ciertos crímenes. Por otro lado las reparaciones pueden ser otorgadas por (i) *vía judicial*, que se caracterizan porque la asignación se desprende de una decisión judicial adoptada por autoridad competente y preestablecida, y por otro lado existe la (ii) *vía administrativa* que se caracteriza por ser un conjunto de programas, mecanismos y medidas llevadas a

¹⁰ COLLEN Dugan, "Prologmo", en RETTBERG, Angelika (compiladora), Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional, op. cit., p.85.

¹¹ MAGARRELL, Lisa, "Las reparaciones en la teoría y en la práctica", [en línea], pp.1-2. Véase en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Reparations-Practice-2007-Spanish.pdf> [visto el: 26 de junio del 2016].

cabo por una entidad política. También debe distinguirse la forma en que estas reparaciones se materializan pudiendo ser (i) *en especie*, que buscan suplir de manera directa las necesidades materiales básicas que puedan tener las víctimas o bien mediante (ii) *reparaciones monetarias*, que por lo general toman la forma de pensiones o pagos indemnizatorios, pudiendo ambas formas ponerse en práctica de manera complementaria¹².

ii) Iniciativas de Enjuiciamiento

Siendo una de las herramientas centrales de la Justicia Transicional, estas iniciativas buscan la persecución de los crímenes de lesa humanidad, evitando la impunidad de los perpetradores de estos. Para lograr una efectiva implementación de esta medida el Centro Internacional para la Justicia Transicional (en adelante, CIJT) recomienda que se busque un *compromiso político*, comprendiendo que a pesar que el enjuiciamiento promueve la disuasión y castigo, también tiene por finalidad la consagración de los valores democráticos. También debe tenerse una *estrategia clara* que analice el número de casos existentes y la viabilidad de poder investigar y juzgar cada uno de ellos, por esto se debe tener un *enfoque técnico adecuado* con investigaciones multidisciplinarias, donde se haga un análisis de pautas de investigación que consideren la economía judicial, eficiencia, seguridad, potencial impacto y requisitos legales. Finalmente, debe existir un *debido respeto de las necesidades y derechos de las víctimas*, haciéndolas participar en el proceso mediante gestión de expectativas, comunicación, capacitación y sensibilización del personal que participe en él¹³.

iii) Reforma de las instituciones

El mecanismo implica una intervención a las instituciones estatales existentes al finalizar el conflicto y posteriores a este, para ponderar su conveniencia, capacidad e integridad, considerando tanto el organismo en su conjunto, como los funcionarios que lo componen. Debido a que estas instituciones pudieron perpetuar un conflicto o

¹² CASAS-CASAS, Andrés; HERRERA-TOLOZA, Germán, “El juego político de las reparaciones: Un marco político de las reparaciones en procesos de justicia transicional”, op. cit., pp.208-211.

¹³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento”, Naciones Unidas, HR/PUB/08/1, 2008, pp.3-21.

servir a un régimen autoritario haciendo posible un status quo que impidiese una democracia y la valoración de los Derechos Humanos, todo esto se puede traducir en instituciones deficientes y desconfianza de la ciudadanía, entre otros.

Los programas de reforma deben tener a la vista las condiciones particulares de cada sociedad, y de la institución que se desea transformar en específico, logrando vencer resistencias que pongan en peligro la paz e imperio ley. Así mismo, es indispensable marcar prioridades de transformación, considerando qué organismos serán modificados en primer lugar con especial atención en el ejército, órganos encargados de ejecutar la ley, servicios de inteligencia, judicatura y otras instituciones en las que se apoye el Estado de Derecho. Luego, se debe realizar un sistema de información y consultas públicas para poder establecer o restablecer la confianza de la sociedad en general y legitimar las instituciones públicas, a través de transparencia de actividades de reforma y promover el conocimiento público para que no se presenten dudas respecto de la validez del proceso¹⁴.

Para poder asegurar que la aplicación de un sistema de Justicia Transicional sea efectivo se deben tomar medidas de garanticen la no repetición de los hechos que llevaron al quiebre institucional. Una de las formas de lograr esto es que la reforma de instituciones no sólo se realice desde una perspectiva orgánica, sino que también se tenga como objetivo que los funcionarios pertenecientes al ente velen por que sus actuaciones se encuentren guiadas hacia la consagración de los Derechos Humanos consagrados por la Constitución y el derecho internacional.

Teniendo esto en mente consideramos que una forma de lograr esta garantía es que dentro de la transformación del sistema se tome como medida política la obligatoriedad de realizar un control del debido cumplimiento de estas normas tanto internas como externas, y que por lo tanto, se realice lo que se conoce como Control de Convencionalidad.

2. Aproximación al de Control de Convencionalidad.

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 3-11.

El Control de Convencionalidad es un concepto que emerge a principios del siglo XXI en distintos fallos de la Corte IDH. Las primeras nociones de este se asientan a partir del caso “Myrna Mack Chang vs Guatemala”¹⁵ y es establecido en términos concretos con la sentencia “Almonacid Arellano y otros vs Chile”¹⁶. Este mecanismo puede ser definido como el acto de control radicado -en principio¹⁷- en el Poder Judicial, en virtud del cual el juez debe interpretar cualquier norma de derecho interno de conformidad con los derechos sustantivos, las normas interpretativas y las garantías procesales reguladas por la Convención, las demás fuentes internacionales que integran el Corpus Iuris Interamericano y la interpretación que ha realizado la Corte IDH como intérprete auténtico y final¹⁸. De esta manera, cuando exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma doméstica y el Corpus Iuris Interamericano, el juez deberá abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los Derechos Humanos protegidos internacionalmente¹⁹.

Cabe decir que este control no debe ser ejercido sólo por órganos jurisdiccionales, ya que según la Corte IDH ha señalado en el caso Gelman vs Uruguay²⁰, en regímenes democráticos el Control de Convencionalidad debe ser ejercido por todos los funcionarios públicos y no únicamente por los sujetos que se encuentren relacionados con el Poder Judicial, obedeciendo así al mandato general que posee el Estado de proteger y garantizar los Derechos Humanos²¹.

2. a. Clasificación de los tipos de Control de Convencionalidad

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C No.101, voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C No. 154, párr. 124.

¹⁷ Posteriormente la Corte IDH señalará que tal control le compete “a toda autoridad pública”. Véase, por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C No. 222, párr. 239; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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 No. 282, párr. 239.

¹⁸ NOGUEIRA, Humberto. “El Estado juez: el control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales”, en Revista de la Defensoría Penal Pública, N°8, 2013, Santiago, p.52.

¹⁹ GONZÁLEZ, Pablo, “Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: la doctrina del control de convencionalidad”, Centro de Justicia de las Américas, 2014, p. 7.

²⁰ Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, op. cit., párr. 239.

²¹ NUÑEZ, CONSTANZA, “Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile”, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°60, 2015, Santiago, p. 28.

El Control de Convencionalidad se aplica en dos ámbitos: en el plano internacional (concentrado) y en el ámbito interno de los Estado (descentralizado):

i) Control de Convencionalidad concentrado

En el primer plano el Control de Convencionalidad está radicado en la Corte IDH, permitiendo la supresión o declaración de incompatibilidad de normas contrarias a la Convención, a partir de casos concretos que se someten a su conocimiento. Un ejemplo de ello es la declaración de incompatibilidad de leyes de amnistía con las obligaciones que impone la Convención²².

ii) Control de Convencionalidad descentralizado

El otro ámbito de aplicación es aquel efectuado por los Estados partes en su derecho interno. Este se encuentra principalmente a cargo de los jueces nacionales y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas—incluyendo a la propia Constitución— que aplican en casos concretos, a la Convención y a los patrones interpretativos que la Corte IDH ha acuñado a su respecto, y en general a todo el Corpus Iuris Interamericano en aras de la cabal tutela de los derechos básicos²³²³. De este modo, se concreta un diálogo y cooperación entre la Corte IDH y la jurisdicción nacional de cada Estado, por medio de las resoluciones dictadas por sus jueces. Esta “interacción tiene un carácter más bien vertical por la posición de control final que desarrolla la Corte IDH respecto de la aplicación de los derechos efectuada por las jurisdicciones domésticas”²⁴.

iii) Otras
Clasificaciones

²² MUÑOZ, Sergio, “El estándar de convencionalidad y el principio pro homine”, en NOGUEIRA, Humberto (coordinador) La protección de los DDHH y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los DDHH, primera edición, Santiago, Editorial Librotecnia, 2014, p.203

²³ En este sentido, BAZÁN, Víctor. “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (editores) El control de convencionalidad, Centro de Derechos humanos, facultad de Derecho, 2011, p.24

²⁴ NOGUEIRA, Humberto, “Dialogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en periodo 2006-2011”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, 2012, Talca, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, p.8.

Además de la tipología antes presentada, diversos autores han esquematizado clasificaciones del Control de Convencionalidad. Entre ellos, Pablo Contreras quien clasifica este mecanismo en tres modalidades.

La primera se basa en un Control de Convencionalidad "*fuerte*", el cual importaría la obligación al juez nacional de "desplazar" la aplicación de una norma interna por violar la Convención y la interpretación de esta última que realiza la Corte IDH en sus sentencias. En cualquier caso, la norma interna es desplazada en el caso concreto por estar en contradicción con lo dispuesto en la Convención y las interpretaciones de la Corte IDH²⁵.

La segunda modalidad es el Control "*débil*" de Convencionalidad, el cual se entiende como un mandato de interpretación de las normas internas conforme a lo dispuesto en la Convención y la interpretación de la misma efectuada por la Corte IDH, teniendo similitudes con el Control de Constitucionalidad mediante interpretación de las normas conforme a esta. En este Control la norma interna, a diferencia de la modalidad "*fuerte*", no es necesariamente "desplazada" sino que la obligación de ejercer el Control de Convencionalidad adopta la exigencia de una construcción interpretativa plausible, que permita armonizar la Convención y los fallos de la Corte IDH con el ordenamiento jurídico nacional del Estado Parte, incluyendo hasta la misma Constitución. Así, se busca salvar la antinomia entre orden jurídico nacional y el internacional mediante la interpretación, evitando declarar una inaplicabilidad (o anti convencionalidad o derogación) de la norma interna²⁶.

Finalmente, Contreras plantea la existencia de un Control de Convencionalidad como "*directriz*", la cual surge de las ampliaciones que la Corte IDH ha realizado respecto de las autoridades nacionales que están obligadas a efectuar el Control. La Corte IDH ha ido extendiendo consistentemente la pluralidad de sujetos obligados, pues en *Gelman v. Uruguay* ha sostenido que el Control de

²⁵ CONTRERAS, Pablo, "Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en Revista *Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, 2014, Santiago, Legal Publishing, pp. 253-254.

²⁶ *Ibid.*, pp. 253-254.

Convencionalidad es una tarea *"de cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial"*²⁷.

Para efectos de esta investigación, y a modo de sistematización, como Semillero hemos efectuado una clasificación basada en la forma en que los agentes jurisdiccionales han aplicado el Control de Convencionalidad según la legislación interna de cada país:

| Tipo | Características |
|--------------------|--|
| <u>Difuso</u> | Control es realizado por todos los jueces, en todas las instancias. De modo que cada instancia del sistema jurisdiccional del país conoce, interpreta y aplica la ley de acuerdo a la Convención. |
| <u>Concentrado</u> | Un tribunal específico, que por regla general suele ser un Tribunal Constitucional o Corte Suprema, es el encargado exclusivo de realizar el Control de Convencionalidad al momento de conocer casos ya fallados en otras instancias o mediante una solicitud directa de pronunciamiento |
| <u>Mixto</u> | Todos los jueces de la jurisdicción pueden realizar un Control de Convencionalidad desde una perspectiva de interpretación y aplicación de normas, pero sólo un Tribunal Superior específico tiene la competencia para analizar si una norma interna concuerda con la |

2. b Características del Control de Convencionalidad²⁸

La doctrina del Control de Convencionalidad tiene como principal fundamento jurídico los artículos 1.1, 2, 26, 27, 29 y 68.1 de la Convención, además de los principios del Derecho Internacional Público²⁹. En cuanto sujetos, están obligados a su realización todas las autoridades estatales, las cuales deben actuar en el ámbito de sus respectivas competencias.

²⁷ *Ibíd.*, pp. 256.

²⁸ Siguiendo a GONZÁLEZ, Pablo, "Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La doctrina del control de convencionalidad", *op. cit.*, pp. 17-30.

²⁹ A saber *pacta sunt servanda*, Buena fe en el cumplimiento, Imposibilidad de alegar derecho interno para incumplir obligaciones internacionales. Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile, *op. cit.*, párr.124 y 125.

Como objeto de la obligación para las autoridades se encuentra el realizar una *interpretación conforme de las leyes internas* en relación con las normas de protección a los Derechos Humanos, en conjunto con *implicar una disposición interna* en el caso de que ésta no pueda ser interpretada conforme a los estándares señalados. Luego, y en caso de que existan *deficiencias de la legislación penal internacional*, el juez debe *suplirlas* para evitar impunidad en casos de graves violaciones a Derechos Humanos. Finalmente, es deber utilizar el Control de Convencionalidad como una *técnica que permita el debido cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH* en aquellos casos donde el Estado al que la autoridad pertenece haya sido condenado³⁰.

El Control de Convencionalidad debe ser ejercido de oficio por las autoridades, siempre dentro de su ámbito de competencia y de las regulaciones procesales correspondientes. Esto se refiere a las normas que le sirven como base. Como dijimos, en un principio la Corte IDH señaló que deben considerarse las normas de la Convención así como también su interpretación. Posteriormente se extiende a otros tratados internacionales, estrechamente vinculados a como el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³¹.

II. Justicia Transicional, Control de Convencionalidad y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano está compuesto por cuatro actores esenciales que intervienen en él: los *Estados*, creadores y responsables de la implementación de sus obligaciones internacionales, los *órganos políticos* de la Organización de Estados Americanos (OEA) como supuestos garantes colectivos del propio sistema, la *Comisión*

³⁰ GONZÁLEZ, Pablo, "Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La doctrina del control de convencionalidad", op. cit., pp. 17-30.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2012, serie C No. 253, párr. 330.

*Interamericana de Derechos humanos (en adelante, CIDH) y la Corte IDH, y las víctimas y organizaciones de la sociedad civil*³².

Es de suponer que en materia de Justicia Transicional el SIDH requiere del establecimiento de una relación dialéctica con el derecho interno de cada país, dado que son estos últimos quienes deben aplicar los compromisos internacionales adquiridos a través de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole que sean necesarias y eficaces para garantizar verdad, justicia y reparación. A su vez, el SIDH fiscaliza el accionar estatal en relación a las obligaciones internacionales para comprobar si la justicia está siendo garantizada. Estos dos aspectos, aplicación y fiscalización, crean un diálogo, o al menos deberían crearlo, entre los actores involucrados³³.

En palabras del profesor Jaime Couso, “una reflexión que puede resultar interesante es ¿en qué medida los condicionamientos de una determinada comunidad política para cumplir de forma satisfactoria los objetivos de la Justicia Transicional se ven ayudados o no a través de las decisiones de los tribunales internacionales de Derechos Humanos? y ¿en qué medida las decisiones soberanas de una determinada comunidad política pueden ser obstaculizadas por el Control de Convencionalidad adoptado por tribunales internacionales? El debate más complejo en el derecho internacional de los Derechos Humanos hace referencia a cuál es el estatus de las normas internacionales frente al derecho interno. ¿En qué medida y con qué límites las normas internacionales pueden obstaculizar decisiones soberanas internas?”³⁴.

En esta línea, la Corte IDH ha sostenido que su labor no consiste en modificar el derecho interno de cada país, sino que más bien es la encargada de verificar si las normas y prácticas locales se encuentran o no conformes a las convenciones internacionales. Por lo tanto, la creencia de que la Corte IDH actúa como una instancia

³² DULITZKY, Ariel, “El sistema interamericano en transición: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la justicia transicional”, En B. Assy (coord.), C. De Campos (coord.), J. Dornelles (coord.) y J. Gómez (coord.), “Direitos Humanos: Justiça, verdade e memória”, p. 204.

³³ Dulitzky, Ariel, “El sistema interamericano en transición: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la justicia transicional”. En B. Assy (coord.), C. De Campos (coord.), J. Dornelles (coord.) y J. Gómez (coord.), “Direitos Humanos: Justiça, verdade e memória”, p. 216.

³⁴ COUSO, Jaime. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, entrevistado el día 28 de Junio de 2016.

adicional que deja sin efecto leyes internas es errada (lo cual ha sido denominado como la doctrina de la “cuarta instancia”).

Por otro lado, las sentencias de este Tribunal deben ser acatadas por la jurisdicción interna al poseer valor vinculante. Asimismo, hay quienes señalan que las decisiones de la CIDH también tendrían dicho valor, a pesar de no tener este órgano jerarquía jurisdiccional y no dictar en sentido estricto “sentencias” pues, reúnen las condiciones para ser obligatorias al tratarse de un “proceso” con todas las garantías³⁵.

1. Control de Convencionalidad en Latinoamérica

El presente apartado tiene por objeto dar a conocer, a partir del análisis del derecho interno de determinados Estados parte del Sistema Interamericano (Argentina, Colombia, Bolivia, México, Guatemala, Perú, Ecuador, Uruguay, Brasil y Chile), las desventajas y deficiencias existentes en la aplicación del Control de Convencionalidad, ello debido a los conceptos generales y abstractos que utiliza la Corte IDH para referirse a la incorporación de este mecanismo en sede interna.

La Corte IDH ha señalado que la integración y consiguiente aplicación del Control de Convencionalidad por parte de los tribunales de cada país se debe realizar “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Sin embargo, la Corte IDH no estableció qué garantías, directrices o estándares mínimos se debían implementar para cumplir con la obligación de ejercer este control. En consecuencia, la falta de determinación, dificulta lograr una efectiva aplicación del mismo para lograr su objeto, a saber, servir de mecanismo ex ante para evitar la violación de los derechos protegidos por el Corpus Iuris Interamericano.

Esto trae los siguientes problemas:

³⁵ HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de derechos humanos?”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Nº10, 2008, México D.F, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, p. 136

- i) En primer lugar, podemos evidenciar que los países integrantes de la Convención no establecen medidas concretas acerca de cómo se debe aplicar el Control de Convencionalidad. Por tanto, existe una importante falta de certeza acerca de cómo hacer efectivas sus medidas y en consecuencia, no es posible identificar los estándares mínimos que deban tener. Tampoco es viable considerar que estas medidas puedan tener una debida aplicación universal en el Corpus Iuris Latinoamericano, lo cual resulta de suma importancia al considerar que los Estados partes no solo están sujetos a los preceptos de la Convención, sino que también su jurisprudencia.
- ii) En segundo lugar, el hecho de que el mecanismo de aplicación del Control de Convencionalidad se encuentre relegado a las normas de derecho interno de cada país dificulta cumplir con el propósito esencial de esta institución, el cual es operar como una garantía ex ante a fin de evitar la posible violación de un derecho. Si no existe un estándar mínimo que garantice una eficiente sujeción a las normas de derecho internacional, difícilmente podrá aplicarse un Control de Convencionalidad efectivo. Por esta razón, resulta imprescindible analizar la compatibilidad de las normas de derecho interno de cada país con el bloque interamericano de protección de los derechos, como también analizar las potestades que, en virtud de este Control, se les otorgan a los jueces en pos de una correcta aplicación del derecho.
- iii) Finalmente, considerando que el Control de Convencionalidad actúa como un mecanismo idóneo en la protección de los derechos y que configura uno de los elementos claves de la Justicia Transicional al operar como un eficiente mecanismo de no repetición, resulta imprescindible dotarlo de un estándar mínimo a fin de cumplir con los cometidos de la Justicia Transicional. El Control de Convencionalidad es, por ende, una garantía de la misma. Razón por la cual es posible afirmar, categóricamente, que sin un Control de Convencionalidad eficiente no existe una correcta implementación de las medidas de Justicia Transicional.

Planteados estos problemas, pasaremos a analizar la situación particular de cada país:

| Tipo de Control descentralizado | País |
|---------------------------------|-------------------------|
| Difuso | Argentina, Colombia. |
| Concentrado | Bolivia |
| Mixto | México, Guatemala, Perú |

1. a Control difuso:

i) Argentina:

Argentina es un país Federal que ha establecido un Control difuso efectuado por todos los jueces de la República, ha validado la Convención y, de esta forma a sometido a sus jueces a realizar no solo el Control de Constitucionalidad, sino también de Convencionalidad³⁶.

Su Suprema Corte ha indicado que los derechos garantizados por tratados internacionales, junto con el texto constitucional forman parte del bloque de constitucionalidad³⁷. Además inicia una nueva etapa de reconocimiento de jurisprudencia internacional con el Caso Espósito, al sostener que los fallos de la Corte IDH constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención³⁸.

Como bien nos damos cuenta, el Control de Convencionalidad en Argentina es utilizado dándole facultades a cada juez de la República, sin importar su rango, de que pueda utilizar tanto el Control de Constitucionalidad, como el Control de Convencionalidad, siendo estos muy ligados a jurisprudencia respecto a casos de la dictadura Argentina, que ha llevado a la utilización de Justicia Transicional por este mecanismo, siendo un claro ejemplo de esto el caso Videla, al poder poner en prisión al dictador argentino utilizándose preceptos constitucionales de la nación y derecho internacional a través del Control de Convencionalidad.

³⁶ HITTERS, Juan Carlos, "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Estudios Constitucionales, Vol. 7, N°2, 2009, Talca, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, p. 119.

³⁷ NOGUEIRA, Humberto, "El Debido Proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano: Doctrina y jurisprudencia", 2ª Edición, Santiago, Librotecnia, 2012. p. 302.

³⁸ VILLANUEVA, Marcos, "El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de derechos humanos fundamentales" en Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados "Democracia y Derechos realizo el 31 de mayo y el 1 de junio de 2012, p.7.

ii) Colombia:

Para el ordenamiento colombiano, las disposiciones más favorables a los derechos de los individuos se sitúan en el punto más alto de la escala normativa³⁹. En este país existe un Control concentrado de normas⁴⁰, y un Control difuso de Convencionalidad⁴¹.

La Corte Constitucional colombiana ha declarado que en virtud de la Constitución colombiana, que indica que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse en conformidad a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar estos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales, en el mismo sentido luego declara que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la Convención⁴².

1. b. Control concentrado:

i) Bolivia:

La Constitución boliviana, consagra que los derechos fundamentales están en una posición de jerarquía respecto de otro tipo de normas, incluyendo aquellas normas de derecho internacional⁴³. El Tribunal Constitucional es el encargado según el artículo

³⁹ GARCÍA, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad"; en *Revista Ius*, Vol. 5, N° 28, 2011, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, p.132

⁴⁰ AGUILAR, Gonzalo, "El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado", en *Revista Direito GV*, N°9 (2), 2013, São Paulo, Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, p. 738.

⁴¹ MARTÍNEZ, Alfonso, PÉREZ, Eduardo, CUBIDES, Jaime, "Implicaciones del Control de Convencionalidad: cumplimiento de la sentencia Radilla Pacheco vs. México y el caso de la masacre de Santo Domingo vs. Colombia", en *Revista Científica General José María Córdova*, Vol. 13, N° 15, 2015, Bogotá, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova", p. 121. En el mismo sentido: CAMPOS, Gonzalo; "El control de convencionalidad en la jurisdicción chilena: la superación de los problemas de su aplicación", en *Revista de Derechos Fundamentales*, N°10, 2013, Viña del Mar, Universidad de Viña del Mar, p.65.

⁴² Colombia, Corte Constitucional colombiana, sentencia C-010/00, 25 de mayo del 2011, magistrado Carlos Gaviria Díaz, nota 53.

⁴³ GARCÍA, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", op. cit., p.132.

196 de su Carta Fundamental de realizar el Control de Constitucionalidad, por lo tanto existe un Control concentrado de normas⁴⁴.

1. c. Control mixto:

i) México:

Si bien, el Poder Judicial dictaba sus resoluciones con base a los ejes centrales que conforman la promoción y defensa de los Derechos Humanos en el ámbito supranacional⁴⁵. No fue hasta la reforma constitucional mexicana que se volvió imperativo el Control de Convencionalidad, al establecer en su artículo primero que *"Todas las personas gozarán los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte"*, además se estableció que *"todas las normas relativas a Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia"*⁴⁶.

Se ha puntualizado el deber de todas las autoridades y, particularmente, de los jueces y juezas, de practicar un Control de Convencionalidad en sede interna⁴⁷, de esta manera el Control de Convencionalidad se convierte en una herramienta obligatoria y necesaria para evaluar que las decisiones tomadas por cualquier autoridad se encentren conforme a la Convención y los criterios que establece la Corte IDH.

En relación con lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha establecido que *"la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos*

⁴⁴ RIVERA, José Antonio, "Justicia constitucional y derechos fundamentales en Bolivia. Avances y retrocesos" en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (editores) Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El control de convencionalidad, primera edición, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2011, p. 101.

⁴⁵ LUNA, José Alejandro, CARRASCO Constancio, "Presentación", en LUNA, José Alejandro, CARRASCO Constancio (coordinadores) Declaración de Oaxaca, sentencias relevantes en materia de control de convencionalidad, primera edición, México D.F., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014, p. XXIII.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. XXXIV.

⁴⁷ Este concepto, originado en los votos razonados del ilustre jurista mexicano Sergio García Ramírez cuando formó parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue formalmente introducido en la jurisprudencia interamericana con la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2006 en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile y, a partir de entonces, ha sido reiteradamente utilizado y desarrollado por el Tribunal de San José.

*Humanos es vinculante para los todos órganos jurisdiccionales, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a las personas*⁴⁸

Caso Radilla Pacheco vs México:

Esta sentencia de la Corte IDH marca un hito histórico jurídico en México, al desprenderse las siguientes conclusiones: (i) Los Estados Unidos Mexicanos se sujetaron a la jurisdicción de la Corte IDH teniendo las sentencias contra México que dicte el órgano un efecto de cosa juzgada, (ii) la Suprema Corte de Justicia mexicana no puede evaluar el litigio ni cuestionar la competencia del tribunal interamericano, no sólo siendo vinculantes los puntos esolutivos, sino que la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia, (iii) en los casos en que México no esté directamente vinculado, los criterios resolutivos serán considerados como orientadores para los juzgadores mexicanos⁴⁹⁵⁰.

En base a este fallo se ha realizado el modelo de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad mexicano el cual se basa en: (i) los jueces del Poder Judicial de la Federación pueden declarar la invalidez de normas que contravengan la Constitución Federal y/o Tratados Internacionales que reconozcan Derechos Humanos, (ii) los demás jueces del país (en asuntos de su competencia) pueden desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o Tratados Internacionales, sólo para efectos del caso concreto, y (iii) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los Derechos Humanos de la manera en que más los favorezca⁵⁰.

ii) Guatemala:

Respecto del Control difuso de Convencionalidad, la Constitución guatemalteca en su artículo 204 indica que *“los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”* y el artículo 266 *“En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación, y*

⁴⁸ Contradicción de Tesis 293/2011. “SCJN determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional”.

⁴⁹ RANGEL, Laura. “Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional”, en Revista Ius, Vol. 5, N° 28, 2011, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, p.172.

⁵⁰ ANIMAL POLÍTICO, Control de constitucionalidad y convencionalidad en la SCJN, enero 9 del 2011. Véase en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-gradados/2012/01/09/control-de-convencionalidad-en-la-scnj/> [visto el: 26 de junio del 2016].

hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionales total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto".

Por otro lado poseen un Control concentrado al indicar la Constitución en su artículo 267 que las acciones contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que puedan contravenir a la Constitución se deben plantear directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad, este último es un tribunal permanente e independiente que tiene como finalidad defender el orden constitucional.

iii) Perú:

En este país en Control de Convencionalidad se manifiesta a través de dos mecanismos, primero el Control concentrado ejercido por el Tribunal Constitucional y, segundo el Control difuso, llevado a cabo por el Poder Judicial.

En la Constitución peruana se reconoce a través del artículo 205 el derecho fundamental de orden procesal a favor de las víctimas de violaciones a los Derechos Humanos, al consagrar el derecho a acceso a la justicia supranacional declarando que *"agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte"*.

El Tribunal Constitucional peruano quien se encarga de revisar la constitucionalidad de las leyes y uniformar jurisprudencia, ha inaplicado leyes o actos contrarios a la Convención. Además estableció que existe una "vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte IDH, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que

acarrear las sentencias condenatorias de la Corte IDH para la seguridad jurídica del Estado peruano”⁵¹.

Finalmente se indica que los tribunales peruanos pueden ejercer un Control difuso de convencionalidad al indicar que “tenemos la potestad reconocida a los jueces del Poder Judicial de aplicar el Control difuso en salvaguarda de las normas de derechos fundamentales contenidas en la Convención, a pesar de que el Tribunal Constitucional haya confirmado la constitucionalidad de la ley objeto del Control difuso, reconociéndose de forma implícita, la prevalencia de la Convención sobre las normas cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional, pero que vulneran derechos regulados en la Convención”⁵².

1. d. Otros países

A pesar de plantear esta clasificación, existen países que no han incorporado de manera expresa el Control de Convencionalidad en sus ordenamientos internos. Brasil lo ha aplicado de manera tácita en sus fallos jurisprudenciales⁵³, realizando un Control de Constitucionalidad por vía de integración de los Tratados Internacionales a la Constitución Federal Brasileña.

Por otro lado, existen países que consagran en sus cartas fundamentales la incorporación de Tratados Internacionales que versen sobre Derechos Humanos como Ecuador⁵⁴ y Chile. Luego, estos países realizan una protección de Derechos Humanos consagrados en Tratados Internacionales a través de interpretación de normas internas en el sentido que no contravengan a los primeros.

Países como Uruguay otorgan en su Constitución pautas de comportamiento a sus jueces, o a funcionarios públicos aplicadores de derecho. Este reconocimiento importa una expansión en su labor interpretativa en términos de que “...al momento de aplicar la Constitución y garantizar su supremacía, no deberán limitarse a considerar el texto

⁵¹ Perú, Tribunal Constitucional del Perú, pleno, sentencia 00007-2007-PI/TC, 19 de junio de 2007, magistrado Juan Francisco Vergara Gotelli, fundamento 26.

⁵² GARCÍA, Domingo, PALOMINO, José, “Control de Convencionalidad en el Perú”, en Revista Pensamiento Constitucional, Nº13, 2013, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p.238.

⁵³ Brasil, Recursos Extraordinarios (RE) Nº 466.343-1/SP y Nº 349.703-1/RS /, junto con dos Habeas Corpus (HC) Nº 87.585.8/TO y Nº 92.566-9/SP/ y STF Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) Nº 153. En FIGUEIREDO, Roberto, *O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2013*, Christian Steiner (editor), Colombia, Editorial Universidad del Rosario, año 2013, p 398, p 404.

⁵⁴ Ecuador, Asamblea Constituyente, Constitucional, artículo 84 y 417, 424, 426 inciso tercero. 20 de octubre de 2008

constitucional, sino que además deberán tener en cuenta los instrumentos internacionales y principios generales que contemplen derechos inherentes a la personalidad humana”⁵⁵.

III. PRINCIPIOS BASES PARA LA IMPLEMENTACION DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En los capítulos anteriores señalamos tres problemas cruciales por los cuales no se ha arraigado en la cultura jurídica de los diversos países analizados un Control de Convencionalidad efectivo.

Estos problemas los podemos sintetizar en lo siguiente: No existe un estándar mínimo de garantías que los Estados deban seguir a fin de adoptar y garantizar el Control y por ende, la Justicia Transicional. En suma, el problema concreto es que existe la obligación de los países de adecuar su contenido interno a las obligaciones internacionales, pero aún no se ha resuelto el “cómo” hacerlo, en otras palabras, no se ha dicho a que ceñirse, y en consecuencia, como veíamos, los países de la región han adoptado diversas soluciones al respecto, que la verdad dejan mucho que desear. (Véase capítulo 2).

Por ello, debemos dilucidar en primer término el marco jurídico por medio del cual se hace obligatorio adoptar un procedimiento interno que contemple el Control de Convencionalidad. Esta obligación deriva fundamentalmente del compromiso que todos los Estados Partes han acordado en la Convención. Dicho régimen normativo deriva principalmente de los artículos 1, 2, 8 y 25 del mencionado instrumento internacional.

En virtud de las dos primeras disposiciones, los Estados Partes de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la carta y garantizar su libre y pleno ejercicio. Adicionalmente, se comprometen a adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter interno para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades establecidos en la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención).

⁵⁵ FORMENTO, Augusto, y DELPIAZZO José Miguel, “Primer Reconocimiento Jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año 9, Nº 18, 2010, Montevideo, Facultad de Derecho Universidad de Montevideo, p. 109.

Luego, la obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los Derechos Humanos establecidos en la Convención. Por su parte, el deber de garantizar exige emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos⁵⁶. Como consecuencia de lo anterior, los Estados partes de la Convención, por el solo hecho de serlo, resultan obligados a adoptar un Control de Convencionalidad al tener que establecer todas las disposiciones de carácter interno que sean necesarias para garantizar el debido respeto de los derechos fundamentales.

Partiendo de esa premisa, resulta imperativo para los países analizados adoptar un procedimiento que tienda a dicho fin. Pero no solo basta un procedimiento, sino que además, dicho procedimiento debe garantizar como mínimo el respeto a las garantías judiciales, lo que conocemos como debido proceso (artículo 8 Convención). Estas garantías están definidas abarcando ciertos principios fundamentales para la determinación jurisdiccional de los derechos del individuo, como el derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial, y un número no taxativo de garantías procesales que se consideran esenciales para un juicio justo⁵⁷. De esta manera, pretendemos dilucidar más adelante cuales de estas garantías deben ser observadas por los países para adoptar el Control.

Por último, ese procedimiento debe incoarse a través a de un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces competentes, que la amparen contra actos que violen sus Derechos Humanos (artículo 25 Convención). Ahora bien, aunque no esté textualmente en el artículo 25.1, la Corte IDH ha afirmado que el recurso debe ser también adecuado o idóneo para combatir la violación⁵⁸.

Ahora bien, teniendo en cuenta el marco normativo que obliga a los países a prever en sus ordenamientos jurídicos internos el Control de Convencionalidad, ¿Qué

⁵⁶ MEDINA, Cecilia, NASH, Claudio, "Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos, Cecilia Medina y Claudia Nash", Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2003, p. 16.

⁵⁷ RED INTERAMERICANA DE GOBERNABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS COLAM - ORGANIZACIÓN INTERAMERICANA UNIVERSITARIA, "Derechos Humanos y Juicio Justo", pag. 217.

⁵⁸ SALMÓN, Elizabeth, BLANCO, Cristina, "El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", primera edición, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 79.

principios básicos debemos tener en cuenta a la hora de implementar dicho control? ¿Qué es necesario tener en consideración a la hora de adoptar reformas en los sistemas judiciales?

Para responder estas preguntas es necesario como primer paso tener presente que para que el Control de Convencionalidad resulte efectivo en la práctica no solo basta con que exista una consagración normativa que obligue a los países a adoptarla, sino que también, debe estar ligado necesariamente a una fase de implementación desde la perspectiva de las políticas públicas y en particular de aquellas con enfoque de Derechos Humanos.

Las políticas públicas se pueden definir como cursos de acción y flujos de información relacionados con un objeto público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con una participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales y la previsión de sus resultados⁵⁹. Por su parte, una política pública con enfoque de Derechos Humanos es aquella que se diseña con fundamento en los contenidos de los derechos y que dispone de planes, programas, proyectos y recursos para implementar acciones concretas para dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales e internacionales en la materia⁶⁰.

1. Reformas judiciales

El marco jurídico internacional ya mencionado anteriormente implica un mandato para los Estados de crear una institucionalidad que permita desarrollar y mantener mecanismos de protección de los derechos en el ámbito interno. Dichos mecanismos, tanto judiciales como administrativos, son determinantes para el efectivo

⁵⁹ LAHERA, Eugenio, "Introducción a las políticas públicas"; primera edición, Santiago, editorial Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 16-17.

⁶⁰ PÉREZ, Luis, "Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas", en PÉREZ, Luis, UPRIMY, Rodrigo, RODRÍGUEZ, Cesar (editores) *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, primera edición, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), 2007, p. 78.

respeto y garantía de los Derechos Humanos, especialmente de los grupos vulnerados⁶¹.

En consideración a lo anterior, es que en Latinoamérica durante los 80' y 90' comenzó un periodo de reformas judiciales relacionadas estrechamente con una etapa de transición a la democracia, tras una revalorización y compromiso con los Derechos Humanos. Las principales reformas se llevaron a cabo en la justicia criminal, ya que tras un análisis del funcionamiento de los sistemas de justicia, era en esa materia donde se podían apreciar más claramente violaciones a los Derechos Humanos⁶².

En Chile, por ejemplo, el debate acerca de la reforma procesal penal comenzó en los inicios de la década de los noventa, culminando su proceso legislativo en el año 2005. Al igual que en la mayoría de los países de la región, la transformación en materia procesal penal se encuentra estrechamente ligada, al menos desde un punto de vista temporal, al proceso de recuperación democrática⁶³.

En este país, la reforma supuso un complejo proceso de transformación legislativa y de instalación de nuevas instituciones. Sin embargo, una apreciación particularmente relevante para nuestro trabajo es que la reforma implicó mucho más que un cambio de las reglas legales y la arquitectura institucional en general, sino que se trató de un vuelco profundo de nuestra cultura legal en la manera de concebir el funcionamiento de la justicia penal⁶⁴.

Dado al alto impacto que tiene una reforma judicial en la cultura legal de cada país, es que no puede ser posible disociar el diseño institucional de la reforma de la implementación de la misma, ya que de una correcta implementación depende únicamente el logro de los objetivos propuestos a alcanzar por éstas.

⁶¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, "Observación General N° 32, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia", Organización de los Estados Americanos, 23 de agosto de 2007, CCPR/C/CG/32, párr. 9.

⁶² CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, "Aportes para un Diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma Civil en América Latina", primera edición, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2003, p. 9-10.

⁶³ DUCE, Mauricio, "Diez años de Reforma Procesal Penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos." P. 2. Disponible en: http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/MAURICIO%20DUCE_10yeardeRPPenChile.pdf

⁶⁴ *Ibid*, p. 3.

La principal falencia pareciera ser que el diseño de las instituciones legales resulta ser una cuestión completamente diversa a la implementación de las mismas, lo cual evidentemente constituye un grave error. A todo esto se suma, además, una fuerte tendencia a descalificar los procesos de implementación, asignándoles un rol secundario y siempre por debajo del proceso de diseño legal en el cuál se invierten los mayores esfuerzos reformistas. Es por ello que el diseño legal e implementación son parte de un mismo proceso, razón por la cual el diseño del sistema legal debe realizarse pensando en la implementación del mismo, no pudiendo esperarse reformas exitosas sin pensar antes en los medios adecuados para llevarlas adelante⁶⁵. Así por ejemplo el caso chileno permite observar como la capacitación de los actores es fundamental para un proceso de reforma exitoso⁶⁶.

2. Doctrina de la subsidiaridad internacional en relación al principio fundamental que debe regir la adopción del Control de Convencionalidad

Sin perjuicio de la heterogeneidad que pueda llegar a haber entre los distintos sistema de justicia en América Latina, no se debe olvidar, al momento de buscar una mecanismo procesal que pueda implementar de mejor manera el Control de Convencionalidad, el punto de encuentro de dichos países. En tal sentido, es la Convención desde el plano internacional el primer y principal punto en común que tienen todos los países que están suscritos a ella.

En tal sentido, es ella misma quien reconoce que la protección internacional de los Derechos Humanos es “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, es decir, la conexión entre el plano internacional y el nacional puede entenderse desde el principio de subsidiariedad o de complementariedad⁶⁷.

Por ello, es que un tribunal internacional opera estructuralmente, tras la intervención estatal: porque las decisiones primarias sobre el respeto y promoción de los derechos son de competencia de los órganos nacionales y el tribunal

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 4.

⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 4-5.

⁶⁷ CONTRERAS, Pablo, “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*, pp. 239-240.

internacional, subsidiariamente, interviene para determinar si dichas decisiones son compatibles con las obligaciones del tratado en cuestión⁶⁸.

Por todo lo anterior, sería correcto pensar que uno de los focos fundamentales de una política pública destinada a una mejor aplicación del Control de Convencionalidad, sea principalmente los órganos jurisdiccionales de cada país, entendiendo que de ellos dependerá una efectiva aplicación de este Control, según esta relación de subsidiaridad, complementándose así el derecho internacional y el derecho interno.

3. Lineamientos generales para la implementación del mecanismo.

Hemos expuesto anteriormente un marco teórico acerca del concepto de políticas públicas y el contexto respecto del cual se han manifestado las reformas judiciales. Pues bien, con toda esa información que hemos investigado, y recogiendo los deberes que emanan para los Estados desde la Convención en su artículo 1, a continuación propondremos ciertas recomendaciones o propuestas que tengan impacto en lo procesal, que al aplicarse sea posible cumplir con el marco de un Control de Convencionalidad.

Ante todo, debemos advertir al lector, que intentamos realizar una propuesta más bien general, dada la diversidad de ordenamientos jurídicos en la región que compone el SIDH, y las distintas soluciones y/o reconocimientos jurídicos del Control de Convencionalidad, hemos decidido crear recomendaciones que, en lo posible sean posibles de adoptar por cualquier país independiente de su sistema normativo particular.

A partir del artículo 1 de la Convención, la Corte IDH ha ido recogiendo distintas obligaciones que deben cumplir los Estados, entre las que se encuentra “respetar derechos y libertades” y “garantizar el libre y pleno ejercicio de los mismos”. Recordemos que esta disposición es parte esencial para reconocer el Control de Convencionalidad.

⁶⁸ *Ibíd.*

En relación a respetar los derechos y libertades, este refiere a que toda lesión a alguno de los Derechos protegidos en la Convención implica que se ha infringido también el artículo 1.1⁶⁹.

Por otro lado, respecto a garantizar el libre y pleno ejercicio de los mismos, la Corte IDH ha dicho en reiteradas ocasiones un principio básico fundamental: “Los Estados tienen el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los

Derechos Humanos”⁷⁰.

Ahora, debemos identificar qué clase de recomendaciones debería seguir un Estado para la implementación de una política pública concerniente a la efectiva aplicación del Control de Convencionalidad, y para ello, hemos dilucidado los siguientes:

En primer lugar, es necesario advertir la estrechísima relación existente entre la Justicia Transicional y el Control de Convencionalidad. Por ello, estimamos pertinente que algunos rasgos generales de reforma que tuvieran su origen en la Justicia Transicional sean igualmente aplicados para la implementación del Control y que

⁶⁹ La Corte Interamericana reconoce este principio en 1988, en la sentencia: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C No. 4, párr. 162; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, serie C No. 5, párr. 171; Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, Fondo, sentencia de 19 de enero de 1995, serie C No. 20, párr. 85; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de agosto de 2013, serie C No. 266, párr. 183; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2013, serie C No. 268, párr. 225.

⁷⁰ La Corte Interamericana reconoce este principio en 1988, en la sentencia: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C No. 4, párr. 166. Véase también: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, fondo, Sentencia de 8 de marzo de 1998, serie C No. 37, párr. 174; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C No. 154, párr. 110; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costa, sentencia de 26 de noviembre de 2008, serie C No. 190, párr. 69; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205, párr. 236; Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 126.

de esta manera las instituciones secundan la transición, sostengan la paz y preserven el imperio de la ley⁷¹. En este marco los aspectos fundamentales de los cuales debemos hacernos cargo son los siguientes:

Respecto de los *funcionarios* encargados del Control de Convencionalidad: consideramos que estos deben reunir dos requisitos esenciales para poder ejercer el servicio público, los cuales son la (i) capacidad que les permite desempeñar tareas técnicas y la (ii) integridad cumpliendo su mandato en conformidad con los Derechos Humanos, normas profesionales y principios estatales⁷². En este sentido, capacitar implica indefectiblemente, perfilar la selección de magistrados e ilustrarlos acerca del Control. De esta forma, se pretende lograr interiorizar a cada juez para que domine no sólo el procedimiento a seguir sino también el derecho internacional de Derechos Humanos. Por otro lado, en los casos en que ya estén ejerciendo funciones se les deberá exigir como requisito obligatorio a cada juez, un curso o formación específica sobre todo lo que involucre el Control de Convencionalidad.

En segundo lugar, resulta necesario un mandato legal que consagre el proceso de reforma, pues esto, asegura una mejor y más factible aplicación práctica, previniendo que estas se posterguen con el tiempo. Para lograr esto deben existir disposiciones concretas, además, el mandato legal se debe traducir en responsabilidades y procedimientos concretos cumpliendo con normas constitucionales e internacionales, evitando la ambigüedad e injerencias políticas⁷³.

En tercer lugar, debe existir un procedimiento judicial que garantice el debido proceso. Sin embargo, debemos ser conscientes de que el debido proceso no es un concepto absoluto, sino que lo componen diversas garantías judiciales, lo que implica que en la medida que se enfatizan algunas, disminuyan la aplicación de otras. En este sentido, proponemos un procedimiento que acentúe las siguientes garantías:

Para que el procedimiento garantice un efectivo Control de Convencionalidad estimamos necesario que se respete y asegure el derecho a ser oído (8.1 Convención),

⁷¹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Procesos de depuración: marco operacional", Naciones Unidas, HR/PUB/06/5, 2006, p.3.

⁷² *Ibid.*, p.1.

⁷³ *Ibid.*, p.11.

definido como aquel derecho que exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones; el derecho a ser oído se relaciona inevitablemente con otros derechos de la Convención, tales son los casos del derecho de defensa y el deber de motivación de las decisiones⁷⁴. En relación al primero de ellos, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. De esta forma, la debida fundamentación de las decisiones que adopten los órganos internos que afectan Derechos Humanos evita la arbitrariedad. En cuanto al derecho defensa, la CIDH estableció que de evidenciarse la vulneración de este derecho, no sería posible afirmar que se ha garantizado el derecho a ser oído, por cuanto «oír implica una defensa con propiedad»⁷⁵.

También, estimamos necesario que se respete el derecho a un plazo razonable (8.1 y 25 de la Convención), pues, una demora prolongada del proceso constituye por sí misma una violación de las garantías judiciales⁷⁶. Hemos advertido que muchos de los países de nuestro continente carecen de órganos judiciales que lleven a cabo procesos de modo diligente y rápido⁷⁷. Cabe tener presente, como ha señalado la Corte IDH reiteradamente, este derecho está estrechamente vinculado con el acceso a la justicia, puesto parte de su contenido «implica que la solución de la controversia se produzca en un tiempo razonable»⁷⁸.

Por último, y en estricta relación con la garantía anterior, es esencial asegurar el derecho de acceso a la justicia (8 y 25 Convención). Este derecho ha pasado también a ser considerado como principio y condición esencial del Estado de Derecho: todos los ciudadanos deben poder conocer y ejercer sus derechos y, además, asegurar que sus conflictos sean tratados y ojalá solucionados, eficaz y oportunamente. En definitiva, el derecho de acceso a la justicia no solo consiste en el derecho de toda persona de acceder al órgano jurisdiccional, sino que abarca también aspectos más amplios que buscan asegurar una respuesta efectiva por parte del sistema de justicia en aras a

⁷⁴ SALMÓN, Elizabeth, BLANCO, Cristina, “El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, p. 112.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 114.

⁷⁶ *Ibid.*, p.188.

⁷⁷ *Ibid.*, p.190.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 199.

resolver los conflictos de relevancia jurídica y de ese modo garantizar los Derechos Humanos de todas las personas⁷⁹.

Por consiguiente estimamos necesario asegurar estas garantías mínimas del debido proceso en cualquier ordenamiento interno de que se trate, ya que estas resultan inherentes según nuestro punto de vista, para que exista un eficaz y verdadero Control de Convencionalidad.

En cuarto lugar, debe existir una armonización del sistema jurídico interno a las normas internacionales: una vez adoptado el Control de Convencionalidad, resultaría contradictorio contener disposiciones contrarias a los Derechos Humanos, por lo cual dichas normas deben ser interpretadas de la manera que resulte más consecuente con los Derechos Humanos⁸⁰.

En quinto y último lugar, se debe realizar un diagnóstico respecto a los derechos regulados por los tratados internacionales, a fin de determinar con la mayor precisión posible en qué punto se encuentra el país al momento de adoptar el Control, de esta forma, en un futuro servirá de herramienta de medición, para saber si el Estado avanza o no hacia una una mejor protección de los derechos⁸¹.

CONCLUSIONES

Luego de violaciones masivas de Derechos Humanos, la Justicia Transicional encuentra su aplicación en distintos mecanismos, todos los cuales tienen por objetivo la búsqueda de un retorno a la paz y a la justicia. Tales mecanismos, en que se manifiesta la Justicia Transicional, son: **(i)** Acciones judiciales contra los autores de violaciones a los Derechos Humanos; **(ii)** iniciativas de búsqueda de la verdad para esclarecer abusos pasados y construirla memoria histórica; **(iii)** reparación del daño a las víctimas; y, **(iv)** reforma de instituciones para la gobernabilidad democrática.

⁷⁹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, "Acceso a la justicia. Reformas judiciales y Acceso a la justicia", p. 60. Disponible en: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2013/12/2.-Acceso-a-la-Justicia.pdf>

⁸⁰ CARBONELL, Miguel, "Introducción general al control de convencionalidad", en El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo, primera edición, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 70.

⁸¹ *Ibid.*, p. 70.

Así entonces, comenzó en América Latina un periodo de reformas judiciales a fin de garantizar aquello, en un contexto de retorno a la democracia y en un intento de revalorización y respeto a los Derechos Humanos.

De nuestra investigación hemos dado cuenta de múltiples vías complementarias por la cual los Estados han tratado de superar los pasajes más oscuros de su historia. Dentro de estos mecanismos, hemos enfocado nuestra atención en las reformas institucionales, las cuales son necesarias para evitar que los abusos del pasado se mantengan, o aún peor, que puedan repetirse en el futuro, como lamentablemente ha ocurrido en nuestra región latinoamericana azotada por crisis, guerras civiles y gobiernos dictatoriales repetidamente. Es así como el punto central de nuestro trabajo se encuentra destinado a la institucionalidad judicial: en primer lugar, por su relevancia en el marco de la transición hacia gobiernos democráticos; en segundo lugar, en su función de asegurar constantemente el imperio del derecho y el respeto y la protección de los Derechos Humanos.

En este marco, el Control de Convencionalidad resulta idóneo para la protección de los Derechos Humanos; y, podemos entenderlo como un elemento esencial de la Justicia Transicional, toda vez que mediante este Control podemos obtener una garantía de “no repetición” de las violaciones a los Derechos Humanos.

Es en este entendido que hemos visto en el Control de Convencionalidad un mecanismo útil y necesario para el debido resguardo y respeto a los Derechos Humanos dentro de cada Estado, tomando en cuenta, además, los pronunciamientos que la Corte IDH ha hecho sobre la materia.

Sin embargo, del análisis comparado de nuestra región sobre la aplicación del Control de Convencionalidad hemos podido apreciar que no existe un proceso concreto y uniforme de aplicación del Control de Convencionalidad. Un problema general que hemos evidenciado es la falta de procesos en donde se garantice por el juez la aplicación de un Control de Convencionalidad. Esto, debido a que la Corte IDH no se entromete en la soberanía del Estado, ya que reconoce que la protección de los Derechos Humanos realizada por ella es complementaria a la que ofrece el derecho

interno de los Estados. En definitiva, el problema surge porque no existe un mecanismo para su concreción en cada Estado Parte.

Es en este punto que como Semillero diseñamos líneas generales para la implementación del Control de Convencionalidad en América Latina, basándonos en las directrices comunes para Latinoamérica establecidas en la Convención, siendo éstas el respetar, garantizar y promover la plena protección de los derechos y libertades establecidas en dicho instrumento internacional.

De estos lineamientos para la solución, hemos a su vez encontrado un segundo problema, que es la resistencia y las dificultades de las reformas al sistema judicial de los Estados. Del aprendizaje que han dejado las últimas reformas impetradas en Latinoamérica hemos entendido que una reforma efectiva a las instituciones internas de un Estado requiere de una perspectiva de política pública y en especial de la educación y capacitación de los distintos actores del sistema judicial -en este caso en Justicia Transicional y Control de Convencionalidad- con el fin de que cada uno de ellos sea capaz de fomentar a la aplicación de dichos mecanismos en el derecho interno, garantizando al mismo tiempo la adecuación de las normas internas con la Convención y la interpretación que de ésta hace la Corte IDH en sus sentencias.

Finalmente, estimamos que cualquiera sea el modo de implementación que los Estados opten para dar operatividad al Control de Convencionalidad como garantía de la Justicia Transicional, siempre se deberán respetar ciertos mínimos procesales, que no pueden ser otros que los integrados en la misma Convención en sus numerales 8 y 25. Es así como nos parece imperioso, además de la implementación efectiva de un Control de Convencionalidad, una regulación suficiente de la misma que mantenga el estándar procesal suficiente para compatibilizar el Control de Convencionalidad con el Debido Proceso, permitiendo de este modo un correcto funcionamiento como mecanismos de la Justicia Transicional. Es en este entendido, que el sistema que cada Estado decida deberá a lo menos contemplar el derecho a ser oído, el derecho a un plazo razonable y por último, el acceso a la justicia como principios bases a observar por el Poder Judicial, contando a su vez, con un recurso expedito y efectivo que asegure su operatividad y criterio ajustado a Derecho.

De esta manera, no sólo se estará cumpliendo la obligación internacional - hasta el momento incumplido- que pesa sobre cada Estado Parte de la Convención, sino que además se estará creando una herramienta que permitiría a los Estados Parte respetar, garantizar y promover los Derechos consagrados en la Convención, para evitar caer una vez más en los errores del pasado.

BIBLIOGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

Brasil, Recursos Extraordinarios (RE) N° 466.343-1/SP y N° 349.703-1/RS /, junto con dos Habeas Corpus (HC) N° 87.585.8/TO y N° 92.566-9/SP/ y STF Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) N° 153.

Colombia, Corte Constitucional colombiana, sentencia C-010/00, 25 de mayo del 2011, magistrado

Carlos Gaviria Díaz. Colombia, Corte Constitucional colombiana, sentencia C-010/00, 19 de enero del 2000, magistrado Carlos Gaviria Díaz.

Corte Interamericana de Derechos Humanos; "Cuadernillo Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de Convencionalidad" [en línea]. Véase en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf> [visto el: 7 de marzo del 2016]

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C No.101.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C No. 154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C No. 222.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 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 No. 282.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2012, serie C No. 253.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C No. 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Fondo. sentencia de 20 de enero de 1989, serie C No. 5.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, Fondo, sentencia de 19 de enero de 1995, serie C No. 20.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de agosto de 2013, serie C No. 266.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2013, serie C No. 268.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998, serie C No. 37.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costa, sentencia de 26 de noviembre de 2008, serie C No. 190.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México,

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C No. 205.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, serie C No. 130.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso García Prieto y Otro vs. El Salvador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C No. 168.

Perú, Tribunal Constitucional del Perú, pleno, sentencia 00007-2007-PI/TC, 19 de junio de 2007, magistrado Juan Francisco Vergara Gotelli.

ARTÍCULOS

AGUILAR, Gonzalo, "El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado", en *Revista Direito GV*, N°9 (2), 2013, São Paulo, Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

CAMPOS, Gonzalo; "El control de convencionalidad en la jurisdicción chilena: la superación de los problemas de su aplicación", en *Revista de Derechos Fundamentales*, N°10, 2013, Viña del Mar, Universidad de Viña del Mar.

CASAS-CASAS, Andrés; HERRERA-TOLOZA, Germán, "El juego político de las reparaciones: Un marco político de las reparaciones en procesos de justicia transicional", en *Revista Papel Político*, Vol.13, N°1, 2008, Bogotá, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, "Aportes para un Diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma Civil en América Latina", primera edición, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2003.

CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL (ICTJ), *¿Qué es justicia transicional?*, 2009. DUCE, Mauricio, "Diez años de Reforma Procesal Penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos.". Disponible en:

http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/MAURICIO%20DUCE_10yeardeRPPenChile.pdf

DUCE, Mauricio; MERA, Alejandra; RIEGO, Cristian, "La Capacitación Interinstitucional en la reforma a la justicia criminal en Chile".

FORMENTO, Augusto, y DELPIAZZO, José Miguel, "Primer Reconocimiento Jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas", en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año 9, N° 18, 2010, Montevideo, Facultad de Derecho Universidad de Montevideo.

GONZÁLEZ, Pablo, "Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: la doctrina del control de convencionalidad", Centro de Justicia de las Américas, 2014.

HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de derechos humanos?", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°10, 2008, México D.F, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

GARCÍA, Domingo, PALOMINO, José, "Control de Convencionalidad en el Perú", en *Revista Pensamiento Constitucional*, N°13, 2013, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

GARCÍA, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad"; en *Revista Ius*, Vol. 5, N° 28, 2011, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.

MAGARRELL, Lisa, "Las reparaciones en la teoría y en la práctica", [en línea]. Véase en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Reparations-Practice-2007-Spanish.pdf> [visto el: 26 de junio del 2016].

MARTÍNEZ, Alfonso, PÉREZ, Eduardo, CUBIDES, Jaime, "Implicaciones del Control de Convencionalidad: cumplimiento de la sentencia Radilla Pacheco vs. México y el caso de la masacre de Santo Domingo vs. Colombia", en *Revista Científica General José María Córdova*, Vol. 13, N° 15, 2015, Bogotá, Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova".

PÉREZ, Luis, "Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas", en PÉREZ, Luis, UPRIMY, Rodrigo, RODRÍGUEZ, Cesar (editores) *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, primera edición, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJuSticia) e Instituto para la Investigación Educativa y el Desarrollo Pedagógico (IDEP), 2007.

RANGEL, Laura. "Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional", en *Revista Ius*, Vol. 5, N° 28, 2011, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.

SALMÓN, Elizabeth, BLANCO, Cristina, "El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", primera edición, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

LIBROS

BAZÁN, Víctor. "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas", en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales", en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (editores) *El control de convencionalidad*, Centro de Derechos humanos, facultad de Derecho, 2011.

CASTEN, Stahn, "La geometría de la justicia transicional: Opciones de diseño transicional", en RETTBERG, Angelika (compiladora), *Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, primera edición, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005.

COLLEN Dugan, "Prologmo", en RETTBERG, Angelika (compiladora), *Entre el perdón y el paredón: Preguntas y dilemas de la justicia transicional*, op. cit., p.85.

CONTRERAS, Pablo, "Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, 2014, Santiago, Legal Publishing.

DULITZKY, Ariel, "El sistema interamericano en transición: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la justicia transicional", En B. Assy (coord.), C. De Campos (coord.), J. Dornelles (coord.) y J. Gómez (coord.), "Direitos Humanos: Justiça, verdade e memória".

HITTERS, Juan Carlos, "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 7, N°2, 2009, Talca, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca.

LAHERA, Eugenio, "Introducción a las políticas públicas"; primera edición, Santiago, editorial Fondo de Cultura Económica, 2002.

MUÑOZ, Sergio, "El estándar de convencionalidad y el principio pro homine", en NOGUEIRA, Humberto (coordinador) *La protección de los DDHH y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los DDHH*, primera edición, Santiago, Editorial Librotecnia, 2014.

NOGUEIRA, Humberto. "El Estado juez: el control de convencionalidad que deben ejercer los jueces nacionales", en *Revista de la Defensoría Penal Pública*, N°8, 2013, Santiago.

NOGUEIRA, Humberto, "Dialogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en periodo 2006-2011", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, 2012, Talca, Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca.

NOGUEIRA, Humberto, *"El Debido Proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano: Doctrina y jurisprudencia"*, 2ª Edición, Santiago, Librotecnia, 2012.

RIVERA, José Antonio, "Justicia constitucional y derechos fundamentales en Bolivia. Avances y retrocesos" en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (editores) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El control de convencionalidad*, primera edición, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2011.

OTROS

ANIMAL POLÍTICO, Control de constitucionalidad y convencionalidad en la SCJN, enero 9 del 2011. Véase en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-grados/2012/01/09/control-de-constitucionalidad-y-de-convencionalidad-en-la-scnj/> [visto el: 26 de junio del 2016].

Ecuador, Asamblea Constituyente Constitucional, artículo 84 y 417, 424, 426 inciso tercero. 20 de octubre de 2008.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, "Observación General N° 32, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia", Organización de los Estados Americanos, 23 de agosto de 2007, CCPR/C/CG/32.

LUNA, José Alejandro, CARRASCO Constancio, "Presentación", en LUNA, José Alejandro, CARRASCO Constancio (coordinadores) *Declaración de Oaxaca, sentencias relevantes en materia de control de convencionalidad*, primera edición, México D.F., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.

MEDINA, Cecilia, NASH, Claudio, *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos, Cecilia Medina y Claudia Nash*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2003.

NUÑEZ, CONSTANZA, "Control de Convencionalidad: Teoría y Aplicación en Chile", *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 60, 2015, Santiago.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Procesos de depuración: marco operacional", Naciones Unidas, HR/PUB/06/5, 2006.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento", Naciones Unidas, HR/PUB/08/1, 2008.

RED INTERAMERICANA DE GOBERNABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS COLAM - ORGANIZACIÓN INTERAMERICANA UNIVERSITARIA, "Derechos Humanos y Juicio".

VALENCIA, Hernando, "Introducción a la Justicia Transicional", en Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana "Julio Cortázar" de la Universidad de Guadalajara, México, el 26 de Octubre de 2007.

VILLANUEVA, Marcos, "El control de convencionalidad y el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de derechos humanos fundamentales" en Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados "Democracia y Derechos realizo el 31 de mayo y el 1 de junio de 2012.