

Análisis comparativo de la aplicación del control de convencionalidad entre el sistema de control difuso guatemalteco y el control concentrado chileno enfocado al problema del debilitamiento de la soberanía estatal.

Comparative analysis of the application of conventionality control between the guatemaltean diffusive control system and the concentrated chilean control focused on the problem of state sovereignty weakness.

Jaqueline Noemí Reyes López, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogada y notaria de la Universidad Rafael Landívar (Magna Cum Laude); Magíster LLM en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile (con dos votos de distinción). Abogada litigante (Reyes & asociados), asesora jurídica (PDH) y docente universitaria (URL). Investigador independiente.

Correo: reyeslopez.jn7@gmail.com / jnreyes2@uc.cl. Tel: 23810823. Cel: 55111325

Fecha de realización de la obra: Santiago, 2018

Resumen:

El presente trabajo analiza la comparación de los sistemas de control constitucional guatemalteco (difuso) y chileno (concentrado) y como afecta a sus sistemas la implementación del control de convencionalidad en el ordenamiento interno de cada país.

Summary:

The present work analyzes the comparison of the Guatemalan (diffuse) and Chilean (concentrated) constitutional control systems and how the implementation of the control of conventionality in the internal ordering of each country affects their systems.

Descriptores: Derecho Constitucional. Control de constitucionalidad. Control de convencionalidad. Control difuso. Control concentrado. Soberanía estatal.

Key words: Constitutional Right. Constitutionality Control. Conventionality control. Diffuse control. Concentrated control. State Sovereignty.

Sumario

Introducción. Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales del Control de Convencionalidad. Análisis comparativo de la implementación del Control de Convencionalidad entre el sistema difuso guatemalteco y el sistema concentrado chileno; y cómo influye al debilitamiento de la soberanía de los Estados. El control de Convencionalidad en el sistema difuso guatemalteco. El control de Convencionalidad en el sistema concentrado chileno. Argumentos sobre el debilitamiento de la soberanía estatal con la aplicación del Control de Convencionalidad por los jueces comunes. Conclusiones. Bibliografía. Anexos.

Abreviaturas

Corte: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Convención: Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

CC: Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

TC: Tribunal Constitucional de Chile.

CPRG: Constitución Política de la República de Guatemala.

CPR: Constitución Política de la República de Chile.

Introducción

El control de convencionalidad es un concepto que se ha ido desarrollando en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la llamada interpretación mutativa por adición. Por ser un tema que involucra a diferentes Estados parte del seno de la Organización de los Estados Americanos, se puede observar una pluralidad de criterios sostenidos, que varían dependiendo del Estado donde se estudia ya que cada país tiene su sistema e institucionalidad estructurada de una forma particular. Por ello ha resultado ser de mucho interés el tema y a pesar de ser un concepto relativamente reciente, se encuentra abundante bibliografía ilustrada desde distintos puntos de vista en los diferentes países.

La presente investigación se orienta al estudio del control de convencionalidad relacionado a cómo éste puede afectar a la soberanía de los Estados, haciendo una aproximación concreta al estudio de dos países y sus diferentes sistemas de control de constitucionalidad, se revisará las distinciones de cada sistema y se hará una comparación entre ellos. Para la obtención de resultados del presente trabajo se plantea la hipótesis: ¿Cómo afecta la aplicación del control de convencionalidad a la soberanía de los Estados y el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico interno, en el sistema de control difuso como el guatemalteco en comparación con el sistema de control concentrado como el chileno?

Partiendo de esa pregunta, se revisará el estado de la cuestión invocando algunos jurisprudencia que han estudiado la materia, así como la jurisprudencia pertinente que se ha establecido, para formar así el marco teórico del presente trabajo. Luego de ello se estudiará: a) el sistema de control de constitucionalidad de Guatemala y de Chile; b) la jerarquía bajo la cual la Convención se encuentra en cada uno de los países; y c) los argumentos sobre como afecta a la soberanía y al sistema de fuentes de los Estados la implementación del control de convencionalidad. Finalizando con una conclusión y reflexión sobre el problema planteado en el presente trabajo de monografía.

Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales del Control de Convencionalidad

El Control de Convencionalidad es un tema novedoso, que ha surgido de los precedentes jurisprudenciales que ha ido desarrollando la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien es cierto, es de reciente apareamiento, ha despertado la curiosidad, interés y crítica de bastantes académicos en el seno del sistema interamericano. Por ello, es de suma importancia su estudio, ya que surge de un órgano internacional que afecta a toda una región de treinta y cinco países aproximadamente, cada uno de los Estados miembros tiene distintas bases políticas y jurídicas, que hacen que un pronunciamiento no se pueda aplicar a la generalidad por igual y debe ser revisado dependiendo de los matices de cada Estado que se ve afectado por este tipo de conceptos.

Por lo anterior, se puede percibir un variado criterio doctrinario y jurisprudencial de país a país, se ha de comenzar, por definir el control de convencionalidad, cabe destacar aquí, que hoy en día se diferencian dos tipos de control de convencionalidad; el primero de ellos conocido como el control concentrado de convencionalidad, éste, según el autor Humberto Nogueira Alcalá “Constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional para que éste determine cuándo los estados partes, a través de sus normas u actos, vulneren el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional.” (Nogueira, 2013, p. 40)

En otra de sus obras el autor Nogueira, (2013) especifica que:

Constituye un mecanismo que utiliza la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya sea en sede contenciosa o consultiva, a través del cual determina la compatibilidad o incompatibilidad del derecho interno o los actos de agentes de un Estado parte, a través de una sentencia judicial, en que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado parte, como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de derecho interno y prácticas de agentes estatales

contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) y los tratados o convenciones complementarios del sistema (*corpus iuris interamericano*), para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos por las personas sujetas a la jurisdicción de dicho Estado parte. (p. 1168).

Por consiguiente, el control concentrado de convencionalidad es el que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la región, mismo que debe atender a que éste organismo internacional vele por el estricto cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de los Estados parte y si así no lo hicieren, se condene y se ordene modificar normas o políticas para apegarse a los preceptos de dicho instrumento internacional.

Pero, éste control concentrado de convencionalidad como bien lo afirman los autores Allan R. Brewer-Carías y Jaime Orlando Santofimio “...es tan viejo como la vigencia misma de la Convención Americana sobre Derecho Humanos.” (Brewer-Carias y Santofimio, 2013, p. 43)

De hecho, continúan manifestando los autores Brewer-Carias y Santofimio, (2013) que:

Ese ha sido y es, precisamente, el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias cuando, al juzgar las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias o incompatibles con aquella ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la inconvencionalidad... (p. 44).

Entonces, si es la función que ha ejercido la Corte desde sus inicios ¿porqué se afirma al inicio que es un tema novedoso? La respuesta se encuentra a partir de un ejemplo que aluden los autores citados en el párrafo anterior que se parafrasea de la siguiente manera: Un hombre consulta a un filósofo indicándole que cómo puede escribirle a una dama de quien estaba enamorado sin que fuera prosa y se dio cuenta que no podía, a lo que responde extrañado “más de cuarenta años que hablo en prosa sin saberlo” (Brewer-Carias y Santofimio, 2013, p. 44).

Por analogía, y volviendo al tema, se observa que aunque el control concentrado se venía realizando desde el mismo nacimiento de la Convención, no tenía un nombre específico, agregan Brewer-Carias y Santofimio, (2013) que:

...tuvieron que pasar casi cuarenta años desde que la Convención fuera suscrita (1966) para que, gracias a la importante conceptualización efectuada en 2003 por el juez Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se captara en sus propios contornos el control que la propia Corte y los jueces y tribunales nacionales venían ejerciendo con anterioridad. (p. 44 y 45).

Para poder responder la pregunta que se planteó en el párrafo que precede, desde otra perspectiva; y ya habiendo entendido que, el Control de Convencionalidad es la función que desde el surgimiento de la Convención realiza la Corte y que se ha denominado como control concentrado de convencionalidad. Se puede afirmar que, aunque el término sea novedoso no es ésta función concentrada la novedosa, ni la que se estudiará en el presente trabajo, sino, como se mencionó al inicio, existen dos tipos de control de convencionalidad y el segundo, que la doctrina y la jurisprudencia le ha denominado como control difuso de convencionalidad es el que se va a analizar en el presente, mismo que ha sido cuestionado por distintos autores.

Se estudiará ahora, el segundo tipo denominado control difuso de convencionalidad. Es la Corte quien acuñó el término ya propiamente como tal en la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, dentro de la ratio decidendi, aunque ya en sentencias anteriores, en algunos votos razonados, se hiciera referencia al concepto.

Interpreta la Corte en aquel insigne fallo que:

...los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Párr. 124).

A partir de la presente sentencia en el año 2006, se comenzó a utilizar este término y han pasado casi 10 años de estudio del presente concepto, que vía jurisprudencial se ha ido delimitando, mucho se ha discutido sobre su real aplicación, pero autores como Nogueira (2013) defienden que:

El control de convencionalidad implica que todos los jueces de los Estados parte de la Convención, en cuanto expresión del Estado juez, se encuentran vinculados por ésta, como asimismo por la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos del mencionado instrumento. (p. 1179).

Deben los jueces ordinarios desde sus estrados velar por el respeto de las normas a las que se obligó el Estado en la Convención y no solo en ésta sino inclusive a la interpretación que ha hecho ésta. Se considera una gran responsabilidad para los jueces comunes, y más adelante se verá si es esto materialmente factible.

Añade Nogueira (2013) que:

el control de convencionalidad que exige la Corte Interamericana que realicen los tribunales domésticos es el que debe ejercer todo juez de un Estado parte, aplicando como estándar mínimo los derechos y garantías contenidos en los derechos asegurados por la CADH, lo que constituye un control diferente y distinto del control de constitucionalidad. (p. 1180).

Hace la aclaración el autor Nogueira, (2013), que el control que se hace será distinto al control de constitucionalidad ya que no deberá contrastar que una norma se apegue a la Constitución, sino que el ordenamiento en general respete los mínimos que establece la Convención. Lo relaciona con que se deben tener presentes las normas del derecho internacional al aplicar este control cuando afirma que:

El control de convencionalidad que deben aplicar los jueces nacionales es una consecuencia necesaria de la aplicación de los principios de derecho internacional general y de derechos humanos, como una concreción de la regla de derecho consuetudinario que determina que el derecho interno no constituye una excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales... (p. 1185).

Surge como nuevo elemento la responsabilidad que tiene el Estado, ya que de no cumplir con lo que la Corte ha dicho mediante jurisprudencia puede ser susceptible de sanciones internacionales por no acatar lo que se le encomienda a realizar dentro de su jurisdicción interna mediante el control convencional interno realizado por todos los jueces comunes.

Desde otro punta de vista, hay doctrina en la que se puede percibir una cierta desconfianza con afirmar indubitablemente la aplicación del control difuso de convencionalidad, es así que la autora Miriam Lorena Henríquez Viñas, intenta explicar que “el concepto de control de convencionalidad fue en su primera configuración esencialmente híbrido, por cuanto en este se combinaron elementos tanto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como del

Derecho Constitucional. (Henríquez, 2014, p. 117). De la misma forma en que lo aseguró Nogueira, la tratadista Henríquez afirma que definitivamente este concepto acuñado es una aleación del Derecho Internacional en cuanto a las normas de los tratados internacionales y la sujeción a organismos internacionales en cuanto a responsabilidad del Estado, y por el otro lado del derecho constitucional en cuanto al control constitucional del ordenamiento jurídico.

De estas dos ramas del Derecho surge la definición de control de convencionalidad en que se pretende el control ya no de la norma suprema de cada Estado sino en aras de la globalización del Derecho que se ejerza un control por lo menos a nivel internacional regional, en que cada juzgador tendrá la obligación de respetar dentro de sus funciones, jurisdicción y competencias que el ordenamiento, leyes y cualquier tipo de normas se apeguen ya no a la Constitución (Norma suprema de cada Estado), sino a la Convención (Instrumento Internacional “supremo” a nivel internacional-regional). Pero, ¿Qué consecuencias acarreará afirmar lo dicho? Cuestión que se verá en el capítulo de análisis.

Antes de pasar al siguiente apartado, se deberá dejar en claro que el control de convencionalidad ha ido mutando en su concepto y ha ido variando algunos elementos iniciales hasta llegar a afirmar lo que Henríquez explica en la siguientes líneas, “la Corte Interamericana extendió de manera gradual la obligación de realizar el control interno de convencionalidad desde los jueces del Poder Judicial a toda autoridad pública, y lo convirtió en un verdadero control difuso de convencionalidad.” (Henríquez, 2014, p. 123).

No existiendo duda sobre el amplio alcance que le ha dado la Corte a su propio concepto, se verá en el siguiente apartado cuáles son las implicancias y costos que deben pagar algunos Estados más que otros en cuanto a su sistema interno de fuentes normativas y su soberanía estatal.

Análisis comparativo de la implementación del Control de Convencionalidad entre el sistema difuso guatemalteco y el sistema concentrado chileno; y cómo influye al debilitamiento de la soberanía de los Estados.

En el presente apartado, se pretende hacer una comparación del funcionamiento e integración del control de convencionalidad en los Estados desde la óptica del sistema de control constitucional difuso guatemalteco contrastado con el sistema de control constitucional concentrado chileno. Para evaluar los desafíos a los que se tienen que enfrentar los Estados en estudio, en aras de respetar la obligación que les manda la Convención Americana de Derechos Humanos, mediante la interpretación y desarrollo jurisprudencial que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos de implementar un control difuso de convencionalidad en todos los entes encargados de impartir justicia.

Para ello, se revisará brevemente el sistema de control constitucional de cada país y se profundizará en las cuestiones que diferencian ambos sistemas jurídicos que se presentan para el presente estudio, para finalizar con el argumento de cómo este mandato internacional afecta en la soberanía y sistema de fuentes de Guatemala y Chile cada uno desde su sistema interno de control de constitucionalidad respectivamente.

El control de Convencionalidad en el sistema difuso guatemalteco.

El ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentra estructurado de tal forma que el control constitucional, es decir la facultad o atribución de la función de revisar que las normas que integran el orden legal estén de acuerdo o conforme en cada uno de sus preceptos con la Constitución norma máxima del sistema de fuentes, la ostentan todos los jueces del Organismo Judicial guatemalteco, la ex Magistrada de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, Carmen María Gutiérrez de Colmenares, en relación al sistema de control guatemalteco explica que: “...el sistema difuso, atribuye a todos los jueces, desde primera instancia hasta casación, la facultad para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales

secundarias contrastar a la Constitución, con efectos sólo para las partes que han intervenido en la controversia.” (Gutiérrez, 2003, p. 125).

Queda claro, que en Guatemala rige el sistema de control difuso, debe todo juez hacerse cargo cuando así se le requiera, del pronunciamiento sobre una norma que presuntamente se opone a lo estatuido por la Carta Magna, esto hace presumir, que la teoría del control de convencionalidad no debería causar ningún problema al momento de implementarlo por cada uno de los jueces que tiene la facultad de pronunciarse sobre un conflicto de constitucionalidad, pronunciarse también sobre un conflicto de una norma del orden jurídico contrapuesto con lo establecido por la Convención, instrumento que forma parte de su ordenamiento, pero, ¿bajo qué jerarquía? Se verá más adelante.

La constitucionalista guatemalteca Aylín Ordoñez, citada por la autora Gutiérrez, (2003), indica que:

se refiere a la inconstitucionalidad en casos concretos como un instrumento jurídico procesal que tiene por objeto garantizar la adecuación de las leyes a la Constitución, mantener la preeminencia de ésta sobre toda otra norma, orientar la selección adecuada de normas aplicables a los casos concretos, impidiendo la aplicación de normas legales no concordes con los preceptos constitucionales. (p. 126).

De una forma más clara la profesora Ordoñez precisa que la función que hace el juez ordinario al ejercer control difuso de constitucionalidad es, en su papel como juez natural al momento de emitir pronunciamientos, debe elegir las normas más adecuadas a la Constitución, en este caso entonces, al implementar el control de convencionalidad, tendría que hacer el examen de esas normas, pero que se adecuen a la Convención, cosa que hasta el momento parece fácil. Bajo la duda planteada en el párrafo anterior, surgen nuevas: ¿qué pasa si el juez debe decidir entre la norma de la Constitución o la norma de la Convención? ¿Cuál debe aplicar?

Hasta el momento han surgido dos nuevas cuestionantes que hacen que haya que hacer un especial énfasis para resolverlas o intentar al menos. Asumiendo que como Guatemala tiene un sistema de control difuso se puede implementar el control de convencionalidad que ordena la jurisprudencia de la Corte Interamericana, bajo qué jerarquía se puede ingresar la Convención al sistema de fuentes. La Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha sido quien ha tenido que ir delimitando el rango mediante su jurisprudencia ya que los preceptos constitucionales aunque indican y hacen presumir una línea argumental, la CC, ha tenido la última palabra, continuando con la autora Gutiérrez (2003) quien refiriéndose a la sentencia del expediente 280-90 gaceta jurisprudencial 18, de la CC, explica que:

Este fallo puso por tierra las expectativas respecto de que los tratados internacionales sobre derechos humanos pudieran tener rango supra constitucional, a lo sumo ingresan al orden jurídico con rango de norma constitucional siempre que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora o menos derogatoria de sus preceptos. Esto debido a la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, es decir, reconoce que los tratados o convenios sobre derechos humanos están por encima de las leyes ordinarias, pero no tienen rango superior o están sobre la Constitución. (p. 143).

Habiendo despejado la primer duda, queda comprobado que en el ordenamiento jurídico guatemalteco, el rango jerárquico que tiene la Convención es mismo nivel de la CPRG sin efectos reformadores o derogatorios y como muy bien lo explican las autoras invocadas lo que sí establece claramente la constitución es que están por encima de las leyes ordinarias, afirmación que se encuentra reconocida en el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

La segunda pregunta no es tan fácil de responder, ya que cuando un juez interno tiene ante su competencia un conflicto en el que, al realizar el control constitucional y el control

convencional coinciden, tanto constitución como convención se encuentran redactadas de forma armónica, no habrá ningún problema, se estará realizando el control simultáneamente, el problema se da en el caso que la norma que establece la CPRG no sea acorde a la Convención, ¿cuál deberá elegir el juzgador?

Un ejemplo de ello es ciertamente la pena de muerte, la Convención esta orientada a que esta pena desaparezca, sin embargo, “respetar” los lugares donde ya se encuentre regulada. Pues la CPRG regula la pena de muerte. Dentro del sistema judicial guatemalteco existen una gran cantidad de penas de muerte pendientes de ser ejecutadas, los jueces ordinarios no las han ejecutado, aunque se encuentren sentenciadas, esto revela un fuerte compromiso con el control de convencionalidad o temor a ser condenados internacionalmente. Lo cierto es que, con base a este ejemplo, se puede observar la tendencia de los jueces guatemaltecos de aplicar el control de convencionalidad.

Incluso la misma CC ha reconocido el control de convencionalidad en su jurisprudencia como una obligación del juez al momento de razonar su resolución, indicando que: “... la tutela en amparo demanda corroborar que el juez ordinario sujete su resolución al sistema de fuentes formales que la Constitución define, lo que incluye observar la supremacía constitucional, el contenido y alcances del bloque de constitucionalidad, **el control de convencionalidad**, la jurisprudencia existente y, de ser el caso, la jerarquía normativa, entre otros elementos.” (Expediente 2404-2014.) (El destacado es propio).

En prima facie, como se ha venido afirmando, el control de convencionalidad no parece ser un problema para el sistema de control difuso guatemalteco, se dejará para el último apartado el estudio de ciertos factores que se podrían ver afectados con la aplicación de este principio internacional.

El control de Convencionalidad en el sistema concentrado chileno.

Se verá ahora en el presente apartado, como ha sido la implementación del control de convencionalidad en el sistema de control concentrado chileno, primero se comprobará que Chile efectivamente tiene un sistema concentrado de control de constitucionalidad, si bien existe un diverso criterio en cuanto a este tema, defiende esta postura, el autor Raúl Letelier, cuando indica que: “el único poder que los jueces tienen en esta materia –de la misma forma que las partes es el de ser legitimados para impugnar las leyes ante el Tribunal Constitucional.” (Letelier, 2007, p. 551). Con esto afirma que tanto juez ordinario como las partes al encontrarse en un conflicto de leyes inconstitucionales su única facultad es acudir al TC, para que éste sea quien se pronuncie sobre la constitucionalidad.

Continúa manifestando el autor Letelier (2007) en la defensa de su postura en oposición a aquellos autores que afirman que hay un control difuso, lo que verdaderamente ordena la constitución es un control concentrado y no difuso como se ha planteado ya que:

...de suponer lo indicado, lógico habría sido que las partes presentarán su recurso ante el juez ordinario para que este “solo en caso de dudas” elevase la cuestión al Tribunal Constitucional. Pero como sabemos, eso no fue así. El hecho de que las partes puedan presentar directamente su recurso ante el Tribunal Constitucional revela la decisión de que sea este el único órgano competente para declarar la inaplicabilidad.” (p. 553).

Entonces, acogiendo la presentada postura, Chile tiene un sistema concentrado de control de constitucionalidad en relación a normas que contravienen a la CPR, particularmente desde la reforma constitucional de 2005, se deberá acudir al TC, ente único para emitir el pronunciamiento. Y, siguiendo la misma línea del apartado anterior, corresponde despejar en el sistema chileno bajo que jerarquía del ordenamiento jurídico, pasan a formar parte, y al igual

que en Guatemala, la CPR chilena establece un precepto que es susceptible de ser interpretado, el autor Emilio Pfeffer, (2003) por ello indica que

... el interprete final de la Constitución ha reconocido la prevalencia, en el orden interno, de los preceptos constitucionales sobre las disposiciones de un tratado, señalando que resulta por lo demás del todo consecuente con el sistema jurídico, ya que la interpretación contraria significaría permitir la reforma de la Carta Fundamental por un modo distinto del establecido en su articulado. (p. 480 y 481).

En Chile, la jerarquía de los tratados internacionales se encuentra expresamente regulada en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la Republica, que establece que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

A diferencia de lo que sucede en Guatemala, en Chile se le ha reconocido a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, una jerarquía supralegal, más no constitucional y mucho menos supraconstitucional, agrega el autor incluso que “... se advierte que tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, en general, ha resuelto la prevalencia del orden constitucional interno por sobre la normativa internacional.” (Letelier, 2007, p. 482). Por lo tanto, los dos órganos supremos han interpretado y coinciden que el rango de los tratados internacionales, en el presente caso la Convención, pasa a formar parte como una norma supralegal pero infraconstitucional.

Cuestión que hace que la implementación del control de convencionalidad se torne un poco más compleja, es decir, comenzando con la problemática del sistema concentrado el autor Néstor Sagüés asegura que “el asunto del destinatario del control no ofrece problemas en un

ordenamiento que posee un sistema de control difuso o mixto de constitucionalidad, pero se complejiza en aquellos sistemas de control concentrado de constitucionalidad.” (Henríquez, 2014, p. 123 y 124). Esto se torna complejo ya que agrega el autor “...solo el órgano que ejerce el control de constitucionalidad puede ejercer el control de convencionalidad, cuestión coherente con la concepción que este tiene de este último, es decir, un control de la validez de la norma interna respecto de la normativa interamericana.” (Henríquez, 2014, p. 124).

Esto, significaría que para ejercer control de convencionalidad se debe trasladar el expediente al TC para que conozca sobre la posible inconvencionalidad, este es el primer obstáculo con el que se encuentra el sistema chileno, el segundo obstáculo deviene de su jurisprudencia y sistema de fuentes en cuanto a la jerarquía en la que ingresan los tratados internacionales, ya que como bien se afirmó anteriormente los intérpretes máximos han afirmado que la CPR va a prevalecer por sobre los tratados. Que sucederá entonces en aquellos casos en que tratado y constitución se contraponen, según el sistema deberá prevalecer la constitución sin duda alguna. Pero, ¿qué pasará con las obligaciones y la responsabilidad internacional?

A diferencia de lo que sucede en Guatemala, que como se vio en su momento la CC, ordena en su jurisprudencia que el juzgador ordinario debe apegarse a las normas de la Convención, ésta afirmación expresa sólo se encuentra en una sentencia y en un voto disidente del TC (aunque tácitamente si se realice y se pueda encontrar en la jurisprudencia), que indica lo siguiente:

...el Tribunal Constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución Política, está impelido a ejercer el control de convencionalidad de las leyes cuya aplicación a una gestión judicial pendiente pudiere generar efectos contrarios a lo dispuesto en un tratado internacional sobre derechos humanos que haya sido sancionado por el Estado de Chile y se encuentre vigente. Efectivamente, el legislador tiene la obligación constitucional de respetar los derechos que emanan de la naturaleza humana como límites en el ejercicio de su potestad normativa y, en forma especial, los garantizados por la

Constitución Política y por los tratados internacionales. Si una ley se apartara de tal mandato o bien su aplicación a un caso concreto pudiere contravenir ese principio recogido en el artículo 5° ya citado, correspondería al Tribunal Constitucional poner remedio a tal agravio por vía de la inaplicabilidad y, con posterioridad, mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma, si lo estima pertinente. (Rol. 2265).

Es así, que se llega al final de esta comparación entre el sistema guatemalteco y el chileno, de donde han surgido ya algunas afirmaciones que se han logrado comprobar (para una idea gráfica de lo estudiado véase anexo I), pero también muchas dudas y cuestionantes que se pretenden relacionar en el siguiente apartado.

Argumentos sobre el debilitamiento de la soberanía estatal con la aplicación del Control de Convencionalidad por los jueces comunes.

Luego de haber preparado el camino, para poder verter los argumentos en el presente apartado, se ha llegado, pues, ha algunas conclusiones que ha arrojado la investigación hasta ahora presentada, se revisó la diferencia entre el sistema de control difuso (Guatemala) y el control concentrado (Chile). Según lo considerado, se podría afirmar que Guatemala ha estado más anuente a la implementación del control de convencionalidad, tanto que su máximo intérprete de la Constitución lo ordena a los jueces internos. Chile en cambio, se muestra un poco más reacio a la implementación, su sistema se orienta a no darle una aceptación tan expresa y que si se hace (implícitamente) es por el temor a la responsabilidad internacional.

Lo que muestran las afirmaciones anteriores es que la tan amplia aceptación por parte de un Estado de abrir sus puertas a la intervención internacional, mediante el control de convencionalidad, hace más estrecho su nivel de soberanía o autonomía estatal. Esto hace pensar que Chile al ser más cauteloso en este aspecto mantiene aún mucho más que Guatemala, el interés o la lucha por esa soberanía que históricamente se ha ganado cada Estado. O visto desde otro punto autores afirman que “La doctrina de la interpretación conforme del derecho nacional con relación al Pacto de San José de Costa Rica, y a la interpretación dada a este por

la Corte Interamericana, significa una seria disminución de las competencias de los operadores locales para interpretar el derecho doméstico, comenzando por el constitucional.” (Sagüés, 2012, p. 25). Es decir, se restringe también la libertad de interpretar conforme al derecho interno a costa incluso del derecho constitucional, que se debe hacer a un lado en aras del derecho internacional en materia de Derechos Humanos.

Se hará un esquema para figurar el conflicto (véase anexo II), estos dos países analizados se encuentran en medio de la cancha, uno inclinándose a la intervención y el otro alejándose de tal, pero en medio. Para comprender lo que se quiere decir, se puede poner como ejemplo un Ecuador que acepta expresamente en su Constitución que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a su constitución en el extremo de la intervención y al otro extremo un potente Estados Unidos de América que ni siquiera ha aceptado o ratificado la Convención y por lo tanto no está sujeto a la competencia de la Corte. Hace especular esto que mientras más potente esté la soberanía de un Estado menos intervención internacional tendrá, no necesariamente, pero mucho dice de sí.

Lo cierto es que la implementación del control de convencionalidad a grandes rasgos no presenta mayor problema y menos para sistemas de control difuso como el guatemalteco, pero también es indiscutible que los opositores del control de convencionalidad, aquellos quienes defienden el respeto por la soberanía y el sistema de fuentes, muy bien han apuntado, que aplicar el control internacional acarrea consecuencias para los Estados, atendiendo a que cada Estado tiene un orden jurídico distinto, quebranta en muchas ocasiones los estatutos de cada gobierno o las bases institucionales que cada Estado en sus Cartas Magnas se ha planteado con un fin específico para cada país. Néstor Sagüés (2012) explica que:

Si se trata de reconocer derechos, el criterio de optar por la norma más favorable a la persona (principio pro homine, favor libertatis) es una buena receta y está admitida por el Pacto de San José de Costa Rica (doctrina de su artículo 29 inciso b: si la Constitución local

es más generosa en el enunciado de un derecho que el Pacto, se aplicará la Constitución). Pero no todos los constitucionalistas partidarios de la supremacía constitucional a rajatabla consienten que se inaplique la norma constitucional que concede menos derechos al individuo que una regla internacional suscrita por ese Estado. (p. 24).

Como se ha mencionado, al encontrarse el juez ante una antinomia entre lo estipulado en la Constitución y la Convención aquellos que defienden el sistema de fuentes no querrán aplicar la Convención sobre la Carta Magna, porque al menos en Chile, según el sistema se estaría aplicando una norma de menor jerarquía, yéndose en contra de la teoría que indica que la norma de mayor jerarquía prevalece sobre la de menor.

La autora Miriam Henríquez quien también defiende el respeto por el sistema de fuentes de los Estados, indica algunos de los problemas que genera y explica que “Otra secuela de la consideración del control de convencionalidad como un control normativo implicaría que la Convención e incluso los demás tratados de derechos humanos según la ampliación formulada por la Corte tendría jerarquía supraconstitucional para todos los Estados firmantes.” (Henríquez, 2014, p. 135).

Es decir, automáticamente al ser Estados firmantes de la Convención, los Estados estarían aceptando la jerarquía supraconstitucional, sin haberseles consultado, sin importar que vaya en contra de su institucionalidad, en contra de la jurisprudencia y doctrina que ha mantenido el órgano superior interno y todas estas obligaciones impuestas con posterioridad a la firma. Un ejemplo sería que dos personas han firmado un contrato y el juez al margen le implementa nuevas obligaciones que se deberán cumplir y acatar solo porque el juez así lo ha dicho. En este caso la Corte Interamericana sería el Juez. Y a los firmantes les compete cumplir con ello pues así lo ordena el Juez sin mayor justificación y en contra de toda la teoría de las obligaciones.

Esto evidentemente afecta a la seguridad jurídica de cualquier Estado, ya que, cualquier juez en nombre del control de convencionalidad podría alterar incluso la seguridad democrática de un Estado (esto en el extremo de los casos). Los Estados paulatinamente voluntaria o involuntariamente van soltando un poco de su soberanía en aras de la intervención internacional. Por otro lado, se puede afirmar que el desarrollo y avance social lo exige por sí mismo, no puede quedarse una sociedad cerrada a que debe defender su soberanía hasta las últimas consecuencias (como el caso de Venezuela), porque evidentemente se afectan derechos humanos que protege la Convención, derechos que sin intervención no podrán defenderse y solo se podrá observar como se vulneran, al muy puro estilo de las guerras mundiales de los siglos pasados, épocas que gracias a estos instrumentos internacionales, ya no pueden regresar tan descaradamente, al menos sin temor a ser responsables internacionalmente.

Es una moneda con dos caras, por un lado, aparece el control de convencionalidad como el defensor de los derechos humanos, aquel instrumento que sirve de árbitro para que los Estados no continúen violando derechos que se han ido reconociendo en los tratados internacionales, y que de alguna manera sirve de freno a los poderes estatales que históricamente han cometido los peores actos o dejar que se cometan en nombre de la soberanía, pero, por el otro lado, aparece el debilitamiento de la soberanía y la autodeterminación del Estado, con el exceso de intervención internacional y la cada vez más amplia competencia o autoimposición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se va perdiendo de alguna forma el mando o la facultad de decisión propia de cada Estado Parte.

Esto evidentemente, no es una solución al problema, dependiendo de las necesidades de cada Estado se optará por el lado de la moneda que más le favorezca a la población. Hasta aquí se ha intentado contestar la primera parte de la pregunta de investigación planteada, en relación a cómo afecta el control de convencionalidad en la soberanía. Para responder a la segunda parte y concretando a los países que se han analizado en la presente investigación, se procederá a

individualizar a cada país con su sistema y evaluar cómo ha afectado o podría afectar la implementación del control de convencionalidad.

Tal como se estudió en el apartado sobre el control guatemalteco, para Guatemala no genera un conflicto la aplicación del control de convencionalidad, la CC lo ha implementado en mucha de su jurisprudencia afirmando que el juez ordinario deberá siempre realizar un examen no solo de constitucionalidad sino de convencionalidad. Esto quiere decir que Guatemala ha decidido voluntariamente someterse a esta obligación y tendrá que asumir la pérdida de un tanto de su soberanía en aras del respeto a los Derechos Humanos reconocidos internacionalmente. Donde se verá más afectado el Estado será al momento en que exista contravención entre Carta Magna y Convención ya que se encuentran en un mismo rango jerárquico (por voluntad en interpretación de la CC). Aunque teóricamente este sea el criterio, en el caso guatemalteco al momento de aplicar el control de convencionalidad en muchas ocasiones se le estará dando prevalencia a la Convención, yéndose en contra del sistema que se ha estructurado desde el constituyente, legislativo y justicia constitucional, pasando por encima la estructura de fuentes en beneficio de los derechos de las personas o en aras del principio pro homine. ¿bueno o malo? ¿Correcto o incorrecto? Dependerá de la situación en concreto.

Por su parte, Chile se ve afectado desde el primer plano planteado, al ser un país con un sistema de control concentrado, permitir que un juez ordinario realice el control de convencionalidad supone romper con su institucionalidad planteada en la Constitución, como bien lo explica Sagüés, (2012):

Solamente el juez idóneo para realizar control de constitucionalidad puede concretar el control de convencionalidad (cosa que no provoca problemas en los Estados donde existe control difuso y desconcentrado de control de constitucionalidad, puesto que allí todos los jueces están habilitados para ello). Y si en un país concreto el juez común no puede realizar tal control de constitucionalidad (supóngase Costa Rica o Uruguay), tendría que remitir el

expediente al órgano que sí es competente para esa función, mediante la escalera procesal del caso (p. 26).

Como se vio tendría que trasladarse el expediente al Tribunal que concentra el poder para poder realizarse el control de convencionalidad, esto si se siguiera al pie de la letra lo que ordena el sistema, como esto es imposible realizarlo, en aras de respetar la ordenanza internacional y por temor a no ser condenados internacionalmente, Chile de forma implícita realiza control de convencionalidad, aunque su tribunal no lo exprese directamente en su jurisprudencia, lo hace. En cuanto a la jerarquía, expresamente no se le reconoce un valor ni constitucional, de igual forma se afecta este sistema de jerarquía, ya que lo mismo que ocurre en Guatemala, dependerá del criterio de cada juzgador ordinario, al momento de decidir tendrá en sus manos una fuerte responsabilidad serle fiel a su Constitución y respetar sus sistema de fuentes o serle fiel a la Convención para evitarle a su país obligaciones internacionales. Este precisamente es el dilema con que se encuentran los jueces internos que se encuentran obligados por un lado y por el otro.

Conclusiones

Bastante se ha avanzado hasta llegar a este apartado, no queda más que plantear una reflexión final sobre lo que se ha aprendido, el tema elegido es complejo, como se indicó en alguna de las líneas es una moneda con dos caras, que dependiendo como se maneje en cada Estado caerá de un lado o del otro, pero muy difícil se hace mantener la moneda en equilibrio sin inclinarse por alguno de los lados.

Lo cierto es que el control de convencionalidad recién llegó y llegó para quedarse, habrá que ir en el camino buscando la conciliación entre derecho internacional y derecho interno, la necesidad de avanzar en un mundo globalizado sin atropellar las bases teóricas que han servido de fundamentos para los Estados democráticos. Como en toda negociación habrá que ceder en algunos aspectos en aras del bienestar común, y el otro lado deberá ceder también o más bien respetar ciertos ámbitos que son inquebrantables de la soberanía de los Estados, para que haya un gana-gana, no se puede afirmar y defender posturas con los ojos cerrados, sin ver que del otro lado de la postura también existe un argumento válido que no se puede simplemente ignorar.

Si se defiende el control de convencionalidad, se pueden encontrar ventajas como un sistema mucho más humano, más justo, menos formalista, más defensor de los intereses comunes y de los más débiles. Si se defiende la soberanía de los Estados se apela a países con más certeza jurídica, seguridad y estabilidad estatal, países que saben y conocen sus bases, que no podrán en nombre de un “beneficio” quebrantar el orden legal impuesto desde los inicios.

Como se observa, ambos lados de la moneda exigen mirar al otro lado, no se puede ya pensar en defender una postura si la realidad nos arroja que ambos lados han fallado de alguna u otra manera, mantener ese equilibrio no es para nada fácil, pero es a donde se deberá apuntar, no se puede seguir negando lo inminente lo que ya se tiene de frente y no se puede aceptar al cien por

ciento lo que se impone por un ente internacional que cada vez extiende sus competencias aún más pasando por sobre los ordenamientos y la soberanía interna de cada país parte.

Hay que aceptar que es necesario y ha funcionado en algunos casos la existencia de una Corte internacional que vele por aquellos a quienes el Estado les ha fallado, pero también se estima que el Estado debe resguardar fidelidad a sus principios de soberanía y no despojarse de la supremacía tan abiertamente como lo ha hecho Ecuador, o rechazarla como siempre lo ha hecho Estados Unidos o ahora Venezuela, porque se ven las consecuencias. Los Estados debieran pronunciarse en relación a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe delimitar sus facultades y debe mostrar deferencia a los Estados parte para que deje de ser un órgano autoritario que emite opiniones vinculantes y obligatorias para las partes.

Pensar en una opción como se hace en el seno Europeo bajo la idea del margen de apreciación, dejarle más espacio de libertad y empoderamiento a los Estados para que este organismo internacional no pierda legitimidad y continúe funcionando, pero apegado a normas mínimas, es decir que como órgano emisor de resoluciones jurídicas se apegue a los principios comunes. Porque pierde legitimidad un órgano que exige el cumplimiento de requisitos esenciales para garantizar derechos, si el mismo no los cumple. Justo como el ejemplo de la vida “se aprende más con el ejemplo que con las palabras”.

Bibliografía

1. Brewer-Carías, Allan R. Y Jaime Orlando Santofimio Gamboa. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Colombia, Bogotá; Editorial Universidad Externado de Colombia.
2. Gutiérrez de Colmenares, Carmen María. (2003). *Los Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el Derecho Constitucional y la jurisprudencia de Guatemala*. Talca, Chile: IUS ET PRAXIS. Año 9. No. 1. P. 117-156.
3. Henríquez Viñas, Miriam. (2014). *La polisemia del control de convencionalidad interno*. Revista Colombiana de Derecho Internacional. No. 24 International Law. P. 113-141.
4. Letelier Wartenberg, Raúl. (2007). *Jueces ordinarios y justicia constitucional*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 34, No. 3, , P. 539-574.
5. Nogueira Alcalá, Humberto. (2013). *El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. “La codificación y la recepción legislativa de las demandas sociales. Apreciación crítica de su evolución en los últimos treinta años”. Santiago, Chile: Editor Jorge del Picó Rubio. Legalpublishing, Thomson Reuters.
6. Nogueira Alcalá, Humberto. (2013). *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XLV, núm 135. Pp 1167-1220. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM,. Consulta: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, «www.bibliojuridica.org.» Fecha de consulta 23 enero 2018.
7. Pfeffer Urquiaga, Emilio. (2003). *Los Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el Derecho Constitucional y la jurisprudencia de Guatemala*. Talca, Chile: IUS ET PRAXIS. Año 9. No. 1, 2003, Pp. 467-484.

8. Sagüés, Néstor Pedro. 2012. *Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano.* El Estado de derecho hoy en América Latina. Santiago, Chile: Compiladora Helen Ahrens. Konrad Adenauer Stiftung.

Jurisprudencia nacional

1. Corte de Constitucionalidad guatemalteca. Expediente 2404-2014, Sentencia 28 junio 2016.
2. Tribunal Constitucional chileno. Rol 2265, sentencia 21 noviembre 2013.

Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Almonacid Arellano y otros vs. Chile. 26 septiembre 2006.

ANEXO I: Cuadro comparativo del sistema de control guatemalteco y chileno.

	GUATEMALA	CHILE
SITEMA DE CONTROL	Difuso	Concentrado
JERARQUÍA DE LOS TRATADOS	Constitucional	Supralegal- infraconstitucional
JURISPRUDENCIA	CC ordena el control de convencionalidad.	TC no admite expresamente el control de convencionalidad.
EFFECTOS	Cualquier juez puede desconocer la Constitución en cumplimiento del control de convencionalidad. Se le da jerarquía superior tácita a los tratados internacionales.	Para ejercer control de convencionalidad el juez ordinario debería elevar el expediente al TC para que este ejerza el control de convencionalidad, sino se altera la institucionalidad.

