



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL**

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: TEORÍA Y APLICACIÓN EN CHILE

**Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

Constanza Núñez Donald

Profesor Guía: Claudio Nash Rojas

2014

A mi madre, por la justicia

A mi padre, por la esperanza

<u>INTRODUCCIÓN</u>	6
<u>CAPÍTULO I: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS</u>	10
<u>1. Introducción</u>	10
<u>2. Concepto de control de convencionalidad</u>	16
<u>3. Fundamentos del control de convencionalidad en el Derecho Internacional</u>	32
<u>3.1 Fundamentos en la CADH</u>	32
<u>3.2 Fundamentos en el Derecho Internacional Público</u>	36
<u>4. Naturaleza jurídica del control de convencionalidad</u>	39
<u>5. Ámbito, objeto y parámetro de convencionalidad</u>	46
<u>5.1 Control de convencionalidad externo e interno: concepto e interrelación</u>	46
<u>5.2 Objeto del control de convencionalidad</u>	53
<u>5.3 Parámetro de convencionalidad</u>	58
<u>5.3.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos adicionales</u>	59
<u>5.3.2 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</u>	60
<u>5.3.4 Otros instrumentos</u>	69
<u>6. Efectos del control de convencionalidad en el ámbito interno</u>	71
<u>6.1 Toda autoridad pública debe ejercerlo <i>ex officio</i></u>	72
<u>6.2 Intensidades de control</u>	73
<u>6.3 Interpretación conforme v/s adopción o expulsión de normas</u>	78
<u>7. Algunas precisiones conceptuales: bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad y control de convencionalidad</u>	87
<u>7.1 Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad</u>	87
<u>7.2 Control de constitucionalidad y control de convencionalidad</u>	89
<u>8. Conclusiones a este capítulo</u>	91
<u>CAPÍTULO II: BASES NORMATIVAS Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE</u>	93
<u>1. Introducción</u>	93
<u>2. Bases normativas para la aplicación del control de convencionalidad en Chile</u>	94
<u>2.1 Modelo de recepción del DIDH en Chile</u>	96
<u>2.1.1 Problemas del modelo de recepción: la discusión acerca de la jerarquía</u>	102

a.	<u>Tesis de la jerarquía supra legal</u>	103
b.	<u>Tesis de la jerarquía constitucional</u>	105
2.1.2	<u>Consideraciones generales acerca de la discusión sobre la jerarquía y control de convencionalidad</u>	109
2.1.3	<u>Bases de la institucionalidad</u>	111
2.2	<u>Marco de competencias de los juzgadores en el modelo nacional y facultades conservadoras de los tribunales de justicia</u>	113
2.3	<u>Conclusiones acerca de la base normativa para el ejercicio del control de convencionalidad en Chile</u>	121
3.	<u>Aplicación del control de convencionalidad por los tribunales chilenos</u>	122
3.1	<u>Tribunal Constitucional</u>	124
3.1.1	<u>Elementos para el ejercicio del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</u>	129
3.1.2	<u>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y control de convencionalidad como parte del control de constitucionalidad</u>	135
a.	<u>Presunción de inocencia y prisión por deudas: primeras aproximaciones al control de convencionalidad</u>	135
b.	<u>Derecho a la identidad</u>	140
c.	<u>Migrantes: parámetro de convencionalidad complejo</u>	144
d.	<u>Inaplicabilidad de la justicia militar: plena aplicabilidad del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</u>	148
3.1.3	<u>Oportunidades perdidas</u>	153
3.1.4	<u>Conclusiones acerca del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</u>	157
3.2	<u>Corte Suprema</u>	158
3.2.1	<u>Control de convencionalidad y violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos</u>	165
a.	<u>Imprescriptibilidad de la acción penal y aplicación de los Convenios de Ginebra</u>	165
b.	<u>Aplicación del Decreto Ley de Amnistía</u>	173
c.	<u>Procedencia e improcedencia de las acciones civiles</u>	180
3.2.2	<u>Otros casos</u>	185
3.2.3	<u>Oportunidades perdidas</u>	190
3.3	<u>Cortes de Apelaciones</u>	195
3.3.1	<u>Acciones de protección</u>	196
a.	<u>Control de convencionalidad y ejercicio hermenéutico</u>	198
b.	<u>Control de convencionalidad y el bloque de convencionalidad como parámetro de ilegalidad</u>	201
3.3.2	<u>Acciones de amparo</u>	209
a.	<u>Control de convencionalidad correctivo</u>	209
b.	<u>Control de convencionalidad y su eficacia preventiva</u>	218
3.3.3	<u>Oportunidades perdidas</u>	220

<u>3.4</u>	<u>Conclusiones acerca de la recepción jurisprudencial del control de convencionalidad en los tribunales superiores de justicia</u>	231
	<u>CAPÍTULO III: CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE</u>	235
<u>1.</u>	<u>Principios interpretativos que deben guiar la aplicación del control de convencionalidad</u>	236
<u>1.1</u>	<u>Principio pro persona</u>	239
<u>1.2</u>	<u>Interpretación evolutiva o dinámica</u>	247
<u>1.3</u>	<u>Interpretación sistemática o integral</u>	251
<u>1.4</u>	<u>Interpretación teleológica</u>	254
<u>2.</u>	<u>Nudos críticos en la aplicación del control de convencionalidad</u>	257
<u>2.1</u>	<u>La importancia de aplicar el DIDH y el argumento de la “suficiencia de la norma nacional”</u>	258
<u>2.2</u>	<u>Casos límite y la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad</u>	262
<u>3.</u>	<u>Conclusiones al capítulo: modelo de juicio de convencionalidad</u>	270
	<u>CONCLUSIONES GENERALES</u>	275
	<u>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	281

Introducción

Uno de los fenómenos que ha estado presente en la última década en el escenario latinoamericano ha sido la creciente interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el derecho interno. La principal manifestación de este fenómeno es el desarrollo del ejercicio de control de convencionalidad. Conceptualizado así por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por primera vez en el caso *Almonacid Arellano*¹, el control de convencionalidad en su dimensión internacional es el realizado por la Corte IDH e implica ejercer un control que permite la expulsión de normas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a partir de los casos sometidos a su conocimiento. En su dimensión interna es el realizado por los agentes del Estado al analizar la compatibilidad de las normas y actos internos con las obligaciones internacionales del Estado, lo que podrá tener diversas consecuencias dependiendo de las facultades de cada agente estatal.

El contenido y alcance del control de convencionalidad ha ido precisándose en la jurisprudencia de la Corte IDH, sin embargo, uno de los principales desafíos que se ha evidenciado en este proceso, está dado por los cuestionamientos a la forma en que el control de convencionalidad se hace operativo en los ordenamientos jurídicos nacionales. Frente a la existencia de modelos

¹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

constitucionales diversos, se ha hecho necesario precisar el contenido y alcance de la obligación de realizar el control de convencionalidad a la luz de las características de cada sistema jurídico. En países como México, Colombia o Argentina², existe un desarrollo analítico desde la academia que busca explicar la operatividad del control de convencionalidad en sus respectivos ordenamientos y que tiene por objeto visibilizar la recepción jurisprudencial de este control.

En Chile, sin embargo, la labor que vienen desarrollando los tribunales nacionales en el ejercicio del control de convencionalidad ha estado invisibilizada por la persistencia de la academia³ en discutir cuestiones tales como la de la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales⁴, por un erróneo entendimiento de lo que significa el control de

² Para revisar diversos trabajos sobre la materia, véase: SAIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. 2012. Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa. México, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México; QUINCHE, M. 2009. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (12):163-190; Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (19), 2013 y; BAZÁN, V. y NASH, C. 2011. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad*. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung y Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile.

³ Se exceptúan de esta tendencia los trabajos de los académicos Humberto Nogueira (véase: NOGUEIRA, H. 2014. Sistema interamericano y protección de derechos humanos, control de convencionalidad y aplicación por parte de las jurisdicciones nacionales. En: NOGUEIRA, H. (Coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago, Editorial Librotecnia, pp. 395-420); Claudio Nash (NASH, C. 2012. Control de convencionalidad: precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: NOGUEIRA, H. (Coord.). *El diálogo de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Santiago, Editorial Librotecnia, pp. 359-382) y Gonzalo Aguilar (AGUILAR, G. 2012. El control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos humanos. En: NOGUEIRA, H., 2012, op.cit., pp. 449-506).

⁴ Véase, por ejemplo: IÑÍGUEZ, A. 2014. El control de convencionalidad en la CADH y los tribunales chilenos: una tesis de aplicación restrictiva. En: NOGUEIRA, H. 2014, op.cit, p. 388.

convencionalidad en el ámbito interno⁵ y por la influencia de la doctrina del margen de apreciación nacional⁶.

En este sentido, esta memoria tiene cuatro objetivos: 1) precisar el contenido y alcance de la obligación de realizar el control de convencionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH; 2) identificar las bases normativas que permiten su ejercicio en el ámbito interno; 3) explicar las modalidades de aplicación del control de convencionalidad en jurisprudencia nacional (Tribunal Constitucional –TC-, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) y; 4) entregar criterios para una adecuada implementación en el derecho interno.

Estos objetivos analíticos tienen por objeto final demostrar que en Chile existen bases normativas que habilitan y obligan al juzgador a realizar el control de convencionalidad e ilustrar las diversas modalidades que ha adoptado este control en la jurisprudencia nacional, entregando criterios que permitan avanzar hacia una plena implementación del control en Chile. Para lograr estos objetivos, esta memoria se divide en tres capítulos.

En el primer capítulo, se analizará la evolución del concepto control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH y las precisiones que se

⁵ Véase, por ejemplo: GARCÍA, G. 2014. Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile. En: NOGUEIRA, H., 2014, op.cit., p. 88; SILVA, L. 2012. Objeciones al control de convencionalidad: una reflexión sobre la sentencia Atala. [en línea] Diario Constitucional. 28 de marzo de 2012. <<http://diarioconstitucional.cl/articulos/objeciones-al-control-de-convencionalidad-una-reflexion-sobre-la-sentencia-atala/>> [consulta: 2 de julio de 2014].

⁶ ZÚÑIGA, F. 2012. Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica. En: NOGUEIRA, H. 2012, op.cit., p. 444.

han realizado desde la doctrina a esta conceptualización, para delimitar cuales son las obligaciones concretas para el Estado en la materia.

En un segundo capítulo, se analizan las bases normativas que nuestro ordenamiento jurídico otorga para sostener la obligatoriedad del control en Chile y las posibilidades que tiene en el marco de nuestro sistema jurídico. Asimismo, a través del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Corte Suprema y Cortes de Apelaciones, se ilustrarán las diferentes modalidades en que se ha ejercido este control, así como casos en que este control no se ha realizado (debiendo hacerse) o se realizó de manera incompleta, con el objeto de identificar los nudos críticos que obstaculizan su aplicación.

El tercer capítulo sistematiza criterios para una adecuada implementación del control de convencionalidad en el ámbito interno. Para ello, se abordan las principales herramientas de interpretación que debe tener a la vista el juzgador nacional para realizar el control de convencionalidad, se analizan los nudos críticos del control de convencionalidad identificados en el análisis de la jurisprudencia nacional, señalando argumentos que permiten superar las dificultades y, finalmente, se entrega a modo de síntesis una propuesta de modelo de juicio de convencionalidad que debe seguir el juzgador nacional.

Finalizaré esta investigación exponiendo las principales conclusiones de este estudio.

Capítulo I: El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Introducción

Tradicionalmente, en el derecho internacional público, dos teorías han intentado explicar la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados. La teoría monista, basada en la propuesta kelseniana, dispone que tanto el derecho internacional como el derecho interno forman una unidad normativa donde el derecho interno de los Estados está subordinado al derecho internacional. En virtud de esta teoría, las normas internacionales son directamente aplicables en el ámbito interno⁷. Por otro lado, la teoría dualista, señala que el derecho internacional y el derecho interno son dos órdenes jurídicos distintos, por lo que las normas de derecho internacional requieren ser transformadas en normas internas para tener aplicación dentro de los Estados⁸.

Sin embargo, los desafíos que plantea la relación entre el DIDH y el derecho interno han llevado a replantear estas teorías⁹. Estos desafíos dicen relación con lograr la efectividad de la protección de los derechos humanos en el ámbito interno y han permitido avanzar desde la discusión acerca de la validez normativa de los tratados internacionales en el ámbito interno, hacia un enfoque

⁷ BENADAVA, S. 1997. Derecho Internacional Público. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur, p.70.

⁸ *Ibidem*, p.69.

⁹ LANDA, C. 2013. Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones. En: SAIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. 2013, *op.cit.*, p.310.

centrado en un diálogo normativo y jurisprudencial que permita generar un *corpus iuris* eficaz de protección de los derechos humanos.

En este sentido, actualmente podemos distinguir que han ido confluyendo tres tipos de relaciones entre el DIDH y el derecho interno: a) subsidiariedad; b) complementariedad y; c) retroalimentación¹⁰.

La relación de subsidiariedad del DIDH respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales es la mirada tradicional e inicial con que se abordó la interacción entre ambos sistemas. Actualmente se manifiesta en la exigencia del agotamiento de los recursos internos como un requisito para accionar ante el sistema internacional de protección de los derechos humanos¹¹. En este sentido, los instrumentos de protección señalan a los Estados como los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos¹². De acuerdo a lo señalado, la subsidiariedad de la relación entre el DIDH y el derecho interno, solo estaría circunscrita a lo jurisdiccional¹³.

¹⁰ NASH, C. 2013. Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación. México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, p.55.

¹¹ Particularmente, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH), este requisito se encuentra consagrado en los siguientes términos: “1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos” (artículo 46.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)).

¹² CANÇADO, A.A. 2001. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.276.

¹³ NASH, C. 2011. Comentarios al trabajo de Víctor Bazán: “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. En: BAZÁN, V. y NASH, C. 2011, op.cit., p.58.

Por su parte, la relación de complementariedad consiste en la recepción e incorporación de las normas (incorporación formal) y estándares (incorporación sustantiva) del DIDH por parte de los Estados, a través de los mecanismos que cada Estado ha diseñado para la incorporación del derecho internacional¹⁴. En esta relación, el DIDH viene a complementar el catálogo de derechos protegidos en cada Estado y a dotarlos de contenido. En este sentido, la complementariedad descrita es analizada desde una perspectiva unilateral, es decir, desde la influencia del DIDH en el ámbito interno. Sin embargo, en el último tiempo hemos sido testigos de cómo esta relación se ha hecho más compleja y ya no son solo los ordenamientos jurídicos nacionales los que se enriquecen con los aportes del DIDH, sino también es el DIDH el que incorpora para la interpretación de ciertos derechos o para la generación de nuevos catálogos de derechos humanos, el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados. Es decir, se ha avanzado a hacia una relación de retroalimentación entre ambos sistemas.

Esta correlación entre los ordenamientos normativos nacional e internacional, ha sido destacada por la doctrina como un proceso de “internacionalización” del derecho constitucional y como una “constitucionalización” del DIDH¹⁵. La

¹⁴ Un estudio de los mecanismos que los Estados han diseñado para dicha incorporación, en: DULITZKY, A. 1996. Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano. En: BUERGENTHAL, T. y CANÇADO, A.A. (Eds.) Estudios Especializados de Derechos Humanos, Tomo I. San José, IIDH, pp. 129-166.

¹⁵ FERRER MAC-GREGOR, E. 2012. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma del juez mexicano. En: SAIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. 2012, op.cit., pp.91-183.

internacionalización del derecho constitucional de los derechos humanos correspondería a aquel proceso en que se inicia progresivamente tras la segunda guerra mundial y mediante el cual se crean catálogos de derechos humanos y organismos de protección internacional que buscan fortalecer y colaborar con las jurisdicciones nacionales en su labor de promoción y protección de los derechos fundamentales. La constitucionalización del DIDH, por su parte, se relaciona con la progresiva aplicabilidad del DIDH en el ámbito interno, a través de diversas fórmulas y cláusulas constitucionales. El resultado de ambos procesos (internacionalización y constitucionalización) ha traído consigo que los derechos humanos tengan una doble fuente normativa: nacional e internacional, y ello hace que los mismos derechos tengan una doble fuente judicial en los tribunales encargados de interpretarlos¹⁶. De esta forma, a través de la interpretación de los derechos -de doble fuente normativa- se establecen interpretaciones judiciales de los derechos en el ámbito internacional y en ámbito interno.

En este sentido, el camino de interacción entre el DIDH y el derecho interno - que hasta ahora había sido normativo- ha pasado a ser jurisprudencial. Esto se manifiesta en que los tribunales nacionales han incorporado en sus razonamientos jurídicos los estándares desarrollados a nivel internacional como parámetro para evaluar la adecuación de los actos internos a sus obligaciones

¹⁶ AYALA, C. 2013. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad. México, Editorial Porrúa, p.26.

en materia de derechos humanos y, por otra parte, que las Cortes internacionales han pasado a incluir los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales nacionales en sus resoluciones para dar contenido e interpretar los tratados internacionales sobre derechos humanos. Esto es lo que Diego García Sayán -ex Presidente de la Corte IDH- ha llamado “viva interacción” entre los tribunales internacionales y los tribunales internos¹⁷ o es el llamado “diálogo jurisprudencial” a que alude la doctrina latinoamericana¹⁸.

La retroalimentación entre el DIDH y los tribunales nacionales, así como entre los tribunales nacionales entre sí, contribuye a la creación de un orden público internacional, cuyo principal objetivo es la protección de la persona humana¹⁹. En efecto, este diálogo jurisprudencial manifiesta que existe un mínimo de

¹⁷ GARCÍA, D. 2005. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos. En: La Corte Interamericana de derechos humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004. San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>> [consulta: 30 de marzo de 2014].

¹⁸ Acerca de este concepto, véase: SAIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. 2012, op.cit; AYALA, C. 2013, op.cit. Este fenómeno ha sido reconocido por la propia Corte IDH quien en su informe del año 2010, indicó “Durante 2010 el ‘diálogo jurisprudencial’ entre la Corte Interamericana, órganos judiciales superiores a nivel interno. Este diálogo ha tenido dos efectos concretos y palpables en los últimos años. Por un lado, a nivel interno se puede verificar un creciente número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte. Por el otro, la Corte se ve enormemente beneficiada de la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia. Esto genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los Estados del hemisferio, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia” (Corte IDH. Síntesis del informe anual de la Corte IDH correspondiente al ejercicio 2010 que se presenta a la comisión de asuntos jurídicos y políticos de la OEA, 18 de marzo de 2011, párr.4 [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garciasayan_18_03_11.pdf> [consulta: 30 de marzo de 2014]).

¹⁹ RODRÍGUEZ, G. 2009. Derechos Humanos: Jurisprudencia internacional y jueces internos. En: GARCÍA, S. y CASTAÑEDA, M. (Coord.). Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, p.211.

valores comunes a las sociedades democráticas, cuya aplicación ha pasado a ser parte central en el razonamiento judicial. Es en este orden público internacional, que se circunscribe el nacimiento y desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad como una herramienta para la creación de un *ius constitutionale commune* en la región²⁰.

En efecto, este control, que tiene por objeto determinar la compatibilidad de las normas internas con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la base del imperativo de garantía de los derechos fundamentales, permite a toda autoridad pública y, en particular, al juez nacional, incorporar en su razonamiento los estándares desarrollados por la Corte IDH, con el objeto de garantizar la efectividad de la protección de los derechos humanos en el ámbito interno. Pero a su vez, este control también obliga al juez a realizar aquella interpretación y aplicación de la normativa interna que garantice de manera más efectiva los derechos humanos. De esta forma, los jueces nacionales pueden desarrollar interpretaciones o dotar de contenido a los derechos de una forma aún más garantista o eficaz que la propia Corte IDH y servir de baremo para

²⁰ La idea de *un ius constitutionale commune* sugiere que existe un mínimo común de protección a los derechos humanos de todos/as los/las habitantes de la región latinoamericana, que está dada por una base común de derechos que la Constitución de cada país que puede ampliar, pero nunca restringir, en virtud de las obligaciones que cada Estado contrajo al ratificar la CADH y al aceptar la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, ver: VON BOGDANDY, A. 2013. *Ius constitutionale commune latinoamericanum: una aclaración conceptual desde una perspectiva europea*. En: GONZÁLEZ, L. y VALADÉS, D. (Comp.) *El constitucionalismo contemporáneo, un homenaje a Jorge Carpizo*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Diversos autores se han referido al control de convencionalidad como herramienta para la creación de *ius commune constitutionale* en la región, ver: SAGÜÉS, N. 2010. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. *Revista de Estudios Constitucionales* 8(1):117-136 y voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso *Cabrera García Montiel Flores vs. México* de 26 de noviembre de 2010.

posteriores desarrollos jurisprudenciales o normativos a nivel internacional. Así, se va formando un mínimo común entre todas las Cortes llamadas a garantizar los derechos fundamentales. En este escenario, como ha indicado parte de la doctrina latinoamericana, en la actualidad el control de convencionalidad ha pasado a ser el nuevo referente para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI²¹.

Pese a que el control de convencionalidad se ha transformado en una herramienta dinamizadora de la jurisprudencia interamericana y nacional y ha permitido avanzar hacia la consolidación de estándares de protección, se han generado controversias y cuestionamientos a su legitimidad y persisten divergencias respecto a los efectos que debe tener en el ámbito interno. Es por ello, que este capítulo busca ilustrar la manera en que se ha concebido y desarrollado el concepto del control de convencionalidad en el seno de la jurisprudencia de la Corte IDH, con el objeto de aclarar -a la luz de las principales discusiones doctrinarias respecto a su contenido- su justificación normativa, ámbitos de aplicación y efectos. Esto me permitirá contar con un sustrato teórico para analizar posteriormente la aplicación jurisprudencial del control en Chile, con el objeto de dar respuesta a las interrogantes que plantea su implementación práctica.

2. Concepto de control de convencionalidad

²¹ FERRER MAC-GREGOR, E. 2012, op.cit, p.183.

El control de convencionalidad despliega sus efectos en el ámbito internacional y en el ámbito interno. En el ámbito internacional, el control de convencionalidad denominado por García Ramírez como propio, original o externo²², sería aquel que desarrolla la Corte IDH y que consiste en “juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan compatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia –v.gr.- la reforma o la abrogación de dichas práctica o norma (sic), según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo”²³.

En el ámbito interno, el control de convencionalidad consiste en el deber de los/as jueces/zas, órganos de la administración de justicia y demás autoridades públicas, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la CADH, sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte IDH y demás instrumentos del sistema interamericano²⁴.

Esta -que es la conceptualización actual del control de convencionalidad- tiene su origen en la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, el

²² GARCÍA, S. 2011. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 28 (5): 123-159.

²³ BAZÁN, V. 2011. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 18: 63-104, p.68.

²⁴ FERRER MAC-GREGOR. 2012. op.cit., p.123. FERRER MAC-GREGOR denomina al control de convencionalidad que realiza la Corte IDH como “control concentrado”, mientras que categoriza al control de convencionalidad realizado en sede interna como un “control difuso”. Como explicaré más adelante, esta denominación se refiere más bien a los efectos del control de convencionalidad y no corresponde a una conceptualización que se refiera al órgano que realiza el ejercicio. Es por ello, que me referiré al control realizado por la Corte IDH como control de convencionalidad externo y al control de convencionalidad realizado por las autoridades nacionales, como control de convencionalidad interno.

contenido y alcance del concepto no siempre fue uniforme en la jurisprudencia de la Corte IDH y ha evolucionado hacia un concepto complejo, con matices y más explicativo de la función del control de convencionalidad en el ámbito interno. A continuación se ilustrará la evolución del concepto, con el objetivo de delinear y precisar el concepto del control de convencionalidad en su formulación actual²⁵.

El concepto “control de convencionalidad” aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte IDH en un voto del juez Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*²⁶, idea que es reiterada con mayor precisión en su voto relativo al caso *Tibi Vs. Ecuador*. En dicha oportunidad, el juez García Ramírez se refirió específicamente al control de convencionalidad externo, como la labor que realiza la Corte IDH, elaborando un símil con la tarea que realizan los tribunales constitucionales nacionales:

“En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados - disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional

²⁵ Diversos autores han hecho un repaso de las diferentes etapas de la conceptualización del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH. Véase: SAGÜÉS, N. 2010. op.cit.; FERRER MAC-GREGOR. 2012. op.cit., pp.123-129; NASH, C. 2011. op.cit. y; NASH, C. 2012, op.cit., pp.359-385, entre otros. A continuación se realiza un repaso siguiendo a estos autores, con apreciaciones propias y actualizaciones de la jurisprudencia más reciente de la Corte IDH.

²⁶ Corte IDH. 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.

de derechos humanos resuelve acerca de la 'convencionalidad' de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”²⁷.

Pero no es sino a partir del caso *Almonacid Arellano Vs. Chile* que la Corte IDH toma este concepto y lo desarrolla con mayor detalle en su jurisprudencia, estableciendo con mayor claridad su contenido y alcance en el ámbito interno. En este caso, se discutía acerca de la compatibilidad del D.L. 2191 (que establece la amnistía general a todos los responsables de hechos delictuosos cometidos desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978 en Chile), con la CADH. En dicha oportunidad, la Corte IDH estableció que las leyes de autoamnistía conducían a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y espíritu de la CADH²⁸. En este contexto, cuando la Corte IDH analizó las obligaciones del Estado a la luz del artículo 2 de la CADH, señaló que si bien el Estado tiene la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno en conformidad a la CADH, esto no exime al Poder Judicial de permanecer vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 y en este sentido, en el caso de que el poder

²⁷ Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto del juez Sergio García Ramírez, párr.3.

²⁸ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, op.cit., párr.119.

legislativo fallare en su labor de suprimir y/o adoptar leyes contrarias a la Convención, el poder judicial “debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado [...]”²⁹.

Es a partir de estas consideraciones -en torno a los artículos 1.1 y 2 de la CADH- que la Corte IDH desarrolla la doctrina del control de convencionalidad, señalando:

“La Corte es consciente 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”³⁰.

Esta sentencia sienta las bases sobre las cuales la Corte IDH -conforme ha ido avanzando en su jurisprudencia- ha desarrollado la doctrina del control de convencionalidad. En esta primera aproximación, la Corte IDH es cauta y señala que el Poder Judicial debe realizar una “especie” de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos

²⁹ *Ibidem*, párr.123.

³⁰ *Ibidem*, párr.124. Destacado propio.

concretos y la CADH. Asimismo, precisa dos características fundamentales de este control en la jurisprudencia de la Corte IDH: a) el control debe tener en consideración no solo el tratado, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH y b) que esta es una obligación del Poder Judicial en atención a la necesidad de que no se vulnere la CADH por disposiciones contrarias a su objeto y fin.

Esta doctrina, fue recogida íntegramente en los casos *La Cantuta Vs. Perú*³¹ y *Boyce y otros Vs. Barbados*³². Este último caso resulta particularmente interesante, ya que la Corte IDH explica, con mayor amplitud, en qué consiste el control de convencionalidad en el ámbito interno, precisando cuál es el objeto del control. En este caso, a la Corte IDH le tocó determinar la compatibilidad de las normas de Barbados que establecían la pena de muerte con la CADH. En este análisis, la Corte IDH observó que los tribunales internos habían determinado que la pena de muerte era compatible con la Constitución Política, ante lo que la Corte IDH señaló:

“La Corte observa que el CJCP llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

³¹ Corte IDH. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr.173.

³² Corte IDH. Caso *Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr.78.

“El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP era inconstitucional. **Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era ‘convencional’**. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención [...]”³³.

Posteriormente, en una segunda etapa del desarrollo de esta doctrina, la Corte IDH en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*, agrega dos elementos que serán reiterados con posterioridad y forman parte de la conceptualización actual de la doctrina del control de convencionalidad en el tribunal interamericano. A saber, que este control debe ser realizado *ex officio* por el Poder Judicial, y que esto debe ser realizado en el marco de sus respectivas competencias:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ **ex officio** entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente **en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes**. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”³⁴.

Además, vemos cómo la Corte IDH pasa a consolidar la doctrina, al no señalar que se debe realizar una “especie” de control de convencionalidad, como lo

³³ Ibidem, párrs. 77-78.

³⁴ Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr.128.

había indicado en el caso *Almonacid Arellano*, sino que lo pasa a denominar directamente “control de convencionalidad”³⁵.

Que el control deba ser realizado *ex officio* significa que debe ser realizado de manera obligatoria por el/la juzgador/a y sin necesidad de que sea exigido por los/as intervinientes³⁶. Por otra parte, añade un elemento que me parece fundamental y es que aclara que este control debe realizarse en “el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Este es un punto central en la jurisprudencia de la Corte IDH, ya que ésta no puede imponer un determinado modelo de control jurisdiccional, en este sentido, consagra la obligación de todo juez -con independencia de las facultades procesales de que esté investido- de realizar un control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH en los casos que se sometan a su conocimiento. Más adelante volveré sobre este punto, al abordar los alcances del control de convencionalidad y su objeto (*infra* 5).

En este caso, la Corte IDH también establece un límite claro, que es que este control no debe realizarse siempre, ya que existe la posibilidad de que los Estados establezcan presupuestos formales y materiales de admisibilidad antes de conocer los casos que se someten a la jurisdicción.

³⁵ SAGÜÉS, N. 2010. *op.cit.*, p.120.

³⁶ NOGUEIRA, H. 2012. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. En: SAIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. 2012, *op.cit.*, p.372.

Esta doctrina del tribunal interamericano es reiterada sin modificaciones en los casos *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*³⁷, *Radilla Pacheco Vs. México*³⁸, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*³⁹, *Fernández Ortega y otros Vs. México*⁴⁰, *Rosendo Cantú y otra Vs. México*⁴¹ e *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*⁴², entre otros.

En todo caso, en el caso *Heliodoro Portugal*, la Corte IDH dio luces concretas acerca de la forma en que se puede implementar el control de convencionalidad en el ámbito interno⁴³. En este caso, ante la ausencia de tipificación del delito autónomo de desaparición forzada en Panamá, la Corte IDH insta a los jueces a aplicar el control de convencionalidad para evitar que queden en impunidad las situaciones que corresponden a este delito, a sabiendas de la existencia de un vacío legal:

“Ante la imperiosa necesidad de evitar la impunidad sobre desapariciones forzadas en situaciones en que un Estado no haya tipificado el delito autónomo de la desaparición forzada, existe el deber de utilizar aquellos recursos penales a su disposición que guarden relación con la protección

³⁷ Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No.186, párr.180.

³⁸ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr.115.

³⁹ Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr.311.

⁴⁰ Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros. Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr.236.

⁴¹ Corte IDH. Caso *Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr.219.

⁴² Corte IDH. Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr.202.

⁴³ LONDOÑO, M. 2010. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 43 (128):761-814.

de los derechos fundamentales que se pueden ver afectados en tales casos, como por ejemplo el derecho a la libertad, a la integridad personal y el derecho a la vida, en su caso, que están reconocidos en la Convención Americana”⁴⁴.

En este sentido, ante un vacío legal, el control de convencionalidad impele a los jueces a hacer aplicación de la normativa de la CADH para hacer frente a las dificultades de las omisiones de la adecuación de la normativa interna.

Por su parte, en el caso *Radilla Pacheco vs. México* la Corte IDH precisa con mayor claridad que no sólo la supresión o expedición de las normas de derecho interno garantiza los derechos de la CADH, sino que también “se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención [...]”⁴⁵. En este sentido, se puntualiza que el control de convencionalidad no implica necesariamente expulsar normas contrarias a la CADH, sino que realizar interpretaciones en la aplicación de las normas que permitan cumplir con las obligaciones internacionales. Por ejemplo, en este caso en específico, se discutía acerca de la compatibilidad de la jurisdicción militar con la CADH y la Corte IDH señala que no es necesario ordenar la

⁴⁴ Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. op.cit., párr.182.

⁴⁵ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México, op.cit, párr.114.

modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (que regulaba la jurisdicción militar), sino que era necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuaran a los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la CADH y las normas pertinentes de la Constitución Mexicana⁴⁶. De esta forma, la Corte IDH da cuenta que las posibilidades de ejecución del control de convencionalidad son más amplias que la sola supresión de normas, legitimando también la posibilidad de que los/as jueces/zas que no tienen la competencia para suprimir normas (que no gozan de facultades de control concentrado) puedan realizar el control de convencionalidad a través de su labor interpretativa.

Hasta este momento, la Corte IDH había señalado que el control de convencionalidad era un mandato del “Poder Judicial”, lo que generaba dudas en cuanto a los órganos competentes para ejercerlo. Es decir, se planteaba si acaso esta era una misión propia de las Cortes Constitucionales o salas constitucionales que formaban parte del Poder Judicial, o si correspondía a su ejercicio a todos los/as jueces/zas en el marco de sus competencias⁴⁷. A partir

⁴⁶ *Ibidem*, párrs.114, 116 y 118.

⁴⁷ JINESTA, E. 2012. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. *En*: FERRER MAC-GREGOR, E. (Coord.) El control de convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Querétaro, Fundap, p.7.

del caso *Cabrera García Montiel Flores Vs. México*, la Corte IDH precisa que este control corresponde a ejercerlo a “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”⁴⁸. En este sentido, se amplía el control más allá del Poder Judicial, vinculándose también a órganos vinculados con la administración de justicia.

Avanzando en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH, podemos identificar una cuarta etapa en la conceptualización del control de convencionalidad. Esta etapa se identifica por ampliar las autoridades destinatarias de la realización del control de convencionalidad. Así, constituyen hitos en la jurisprudencia de la Corte IDH, los casos *Gelman Vs. Uruguay*⁴⁹ y *Atala Riffo e hijas Vs. Chile*⁵⁰. En el caso *Gelman*, la Corte IDH analizó la compatibilidad de las leyes de amnistía con la CADH, específicamente, leyes de amnistía legitimadas democráticamente por el escrutinio popular. En dicha oportunidad, la Corte IDH señaló que la democracia también está limitada por las obligaciones que impone el DIDH:

“La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de

⁴⁸ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr.225.

⁴⁹ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221, párr.239.

⁵⁰ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr.284.

los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad', que es función y tarea de **cualquier autoridad pública** y no sólo del Poder Judicial"⁵¹.

En este sentido, la Corte IDH señala que el control de convencionalidad debe ser ejercido por toda autoridad pública. La afirmación es lógica, por cuanto si entendemos que las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos contenidos en la CADH son mandatos para el Estado en su conjunto, no tiene sentido sostener que el control de convencionalidad corresponde tan solo al Poder Judicial.

En el caso *Atala Riffo e hijas* la Corte IDH concreta esta doctrina y señala la forma en que debe ser realizado el control de convencionalidad por parte de las autoridades públicas:

"En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso"⁵².

Finalmente, en la jurisprudencia más reciente de la Corte IDH, esta ha precisado aspectos relativos al baremo con que debe realizarse el control de

⁵¹ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, op.cit., párr.239.

⁵² Corte IDH. Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile, op.cit., párr.284. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr.305.

convencionalidad. Hasta el momento, la Corte IDH había señalado que este control consistía en verificar la adecuación de las normas y demás prácticas internas con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que había generado dudas en la doctrina acerca de si el control de convencionalidad podía ser un ejercicio obligatorio respecto de los demás tratados internacionales sobre derechos humanos⁵³. En este sentido, la Corte IDH a partir del caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, ha señalado que este control debe realizarse respecto de todos los tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte:

“Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ **entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado**, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino

⁵³ SAGÜÉS, N. 2010, op.cit., p.126.

también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana⁵⁴.

Esto permite despejar las dudas en torno al baremo con que debe realizarse el control de convencionalidad en el ámbito interno⁵⁵, ratificándose por la Corte IDH que este ejercicio debe ser realizado entre las normas internas y “los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado”, más adelante, explicaré los fundamentos que esto tiene no sólo en la jurisprudencia de la Corte IDH, sino también en las propias normas de los tratados sobre derechos humanos y en principios de derecho internacional público (*infra* 3).

Esto es reiterado con posterioridad por la Corte IDH en los casos *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala* y *Mendoza y otros Vs. Argentina*⁵⁶.

De esta forma, hasta la jurisprudencia más reciente de la Corte IDH analizada en este estudio⁵⁷, los elementos que conforman el control de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana son los siguientes:

⁵⁴ Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, párr.262. El destacado es propio.

⁵⁵ Autores como por ejemplo, SAGUÉS, N. 2010, op.cit., se cuestionaban acerca de la posibilidad de que el control de convencionalidad se ampliara a otros tratados.

⁵⁶ Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253, párr.330 y Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr.221.

⁵⁷ Primer semestre de 2014.

- a. Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- b. Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- c. Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado es parte.
- d. Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública.
- e. Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Sin embargo, pese a que la jurisprudencia de la Corte IDH ha ido precisando cada vez con mayores detalles el contenido y alcance de la obligación de realizar un control de convencionalidad, aún hay aspectos poco claros y que la doctrina ha intentado despejar a la luz de la interpretación de las normas de la CADH y lo que ha señalado la Corte IDH. Por ejemplo, ¿qué significa en concreto que el control deba realizarse en el marco de las regulaciones procesales correspondientes?, ¿qué efectos prácticos tiene esta afirmación?, ¿qué significa que deba ser realizado por toda autoridad pública? Asimismo,

han surgido voces críticas respecto a la legitimidad de la obligatoriedad de realizar un control de convencionalidad en el ámbito interno, desde una perspectiva que cuestiona tanto la legitimidad democrática de los jueces para realizar el control⁵⁸, como la falta de legitimación normativa de la institución⁵⁹. A continuación, precisaré estos aspectos a la luz de la propia jurisprudencia de la Corte IDH y los desarrollos doctrinarios en la materia, refiriéndome a los fundamentos del control de convencionalidad, sus ámbitos de operatividad y efectos en el ámbito interno.

3. Fundamentos del control de convencionalidad en el Derecho Internacional

El control de convencionalidad encuentra su justificación y fundamento en normas de la CADH y de derecho internacional público. Si bien es cierto que no existe norma expresa que disponga la obligatoriedad de este control, la lectura conjunta de diversas normas de la CADH y de derecho internacional público, permiten otorgar sólidas bases para justificar la obligatoriedad de su realización, lo que despeja las dudas que se han planteado en torno a su legitimidad normativa⁶⁰.

3.1 Fundamentos en la CADH

⁵⁸ GAMA, L. 2012. Ilegitimidad democrática del control difuso y presunción de constitucionalidad de las leyes. *Revista Sufragio* (8):34-40.

⁵⁹ Véase FUENTES, X. 2007. El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja. Ponencia presentada en el Seminario SELA realizado en Puerto Rico, 2007. [en línea] <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf> [consulta: 14 de marzo de 2014] y CASTILLA, K. 2013. ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (13): 51-97.

⁶⁰ Véase, ibídem.

La doctrina es conteste⁶¹ en sostener que el fundamento del control de convencionalidad se encuentra en la obligación internacional que asumen los Estados de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna” (artículo 1.1 CADH), es decir, en la obligación de respeto y, particularmente, de garantía de los derechos humanos; en el compromiso de los Estados parte de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (artículo 2 CADH) y; en las normas de interpretación de los tratados de derechos humanos (artículo 29 CADH).

En efecto, los Estados al estar obligados a respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la CADH, deben velar porque sus actos y resoluciones se conformen a sus obligaciones internacionales. En este sentido, el control de convencionalidad es una manifestación práctica de la obligación de garantía que recae sobre toda autoridad pública, ya que ésta exige al Estado organizar todas las estructuras a través de las cuáles se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁶². En el ámbito jurisdiccional esta obligación de garantía se concretiza en la obligación de los jueces de

⁶¹ Véase, por ejemplo: AYALA, C. 2013. op.cit., p.104; BAZÁN, V. 2011, op.cit., y; NASH, C. 2011. op.cit., p.59.

⁶² Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No.1, párr.166.

realizar interpretaciones y aplicar la normativa de manera tal, que tenga como resultado la compatibilidad de sus resoluciones con la CADH y los estándares desarrollados por la Corte IDH. En este sentido, la Corte IDH nos indica que pese a que existan normas incompatibles con la CADH, la magistratura no puede excusarse en la fallida labor del Poder Legislativo de suprimir y/o adoptar leyes contrarias a la CADH ya que -en todo caso- está vinculado por la obligación de garantía:

“La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, **cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.** El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”⁶³.

En este sentido, el control de convencionalidad permite a los Estados evitar incurrir en responsabilidad internacional por aplicación de normas contrarias a la CADH, dándoles la posibilidad de interpretar la normativa vigente a la luz de la CADH y su jurisprudencia.

⁶³ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, op.cit., párr.123. Destacado propio.

En cuanto al artículo 2 de la CADH, este nos señala que los Estados deben adoptar medidas para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la CADH. En este sentido, el grupo de medidas que pueden tomar los Estados son amplias, pudiendo ser legislativas o de otro carácter. A este respecto, la Corte IDH ha sido clara y ha indicado que no solo la supresión o expedición de normas por parte del Poder Legislativo garantiza los derechos contenidos en la Convención, y que en este sentido, las posibilidades de actuación del Estado, para cumplir con el mandato de artículo 2, son amplias:

“En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que ‘[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas’. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

“La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina ‘control de convencionalidad’, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas

internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”⁶⁴.

En efecto, el artículo 2 permite al Poder Judicial a través de la adopción de “otras medidas”, garantizar los derechos en aquellos casos en que existan normas contrarias a la CADH, a través de su supresión -en aquellos casos en que el juez tenga las facultades procesales para ello- o mediante su interpretación conforme. En efecto, los tribunales son órganos del Estado, cuyas sentencias constituyen -sin duda- medidas que contribuyen -o no- a garantizar los derechos humanos de la CADH⁶⁵. Esta supresión de normas o su interpretación ajustada a la CADH, es el ejercicio propio del control de convencionalidad.

Por su parte, el control de convencionalidad también tiene fundamento en el artículo 29 de la CADH, en la medida en que todos los poderes u órganos del Estado que han ratificado la CADH se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH, lo que implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH⁶⁶.

3.2 Fundamentos en el Derecho Internacional Público

⁶⁴ Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, op.cit., párrs. 179 y 180.

⁶⁵ GARCÍA, S. 2011. op.cit., p.147.

⁶⁶ FERRER MAC-GREGOR, E. 2012. op.cit., p.154.

Es la misma Corte IDH quien indica que además de las normas de la CADH, los fundamentos para realizar el control de convencionalidad se encuentran también en el derecho internacional público⁶⁷. En efecto, vemos que al conceptualizar el control de convencionalidad, la Corte IDH alude a que las obligaciones deben ser cumplidas de buena fe y que no es posible alegar disposiciones de derecho interno para dejar cumplir las disposiciones de un tratado, esto es, a los principios de *pacta sunt servanda*, al cumplimiento de buena fe de los tratados internacionales y a la imposibilidad de alegar derecho interno para cumplir obligaciones internacionales; así lo recogió en el caso *Almonacid Arellano* y lo reiteró de manera constante con posterioridad en su jurisprudencia:

“[...] 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 esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que ‘[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone **deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno**’. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”⁶⁸.

El principio *pacta sunt servanda* está recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados (CDVT)⁶⁹ e implica la obligación de los Estados de dar cumplimiento a los compromisos

⁶⁷ SAGÜÉS, N. 2011, op.cit., p.120.

⁶⁸ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, op.cit., párrs.124 y 125. Destacado propio.

⁶⁹ Artículo 26 CDVT. "Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

internacionales que han adoptado, lo que debe ser realizado de buena fe. Sobre la base de la buena fe, es que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales (artículo 27 CVDT)⁷⁰. Esto significa que si los Estados se han obligado a velar por los derechos y libertades consagrados en la CADH, no pueden excusarse en la existencia de normas internas para no dar protección a estos derechos, pues su incumplimiento genera responsabilidad internacional⁷¹. Esto no implica -como han entendido algunos- que la Corte IDH (en virtud del artículo 27 de la CVDT) obligue a los Estados a diseñar sus modelos institucionales de una determinada manera⁷² (pues el derecho internacional no obliga a los Estado a reconocer la primacía de las normas internacionales al interior de su ordenamiento jurídico⁷³), sino más bien insta a los Estados a encontrar formas de cumplir con sus obligaciones internacionales, sin que las normas nacionales sean un impedimento. Para ello, los Estados pueden expulsar aquellas normas que impidan el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y deben lograr aquella interpretación que se conforme con aquellas, de acuerdo a las

⁷⁰ Artículo 27 CVDT. “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Por su parte, el artículo 46 -excepción a este principio- señala un caso de vicio del consentimiento en la voluntad del Estado en ratificar el tratado internacional a través de una violación manifiesta en materia de competencia para celebrar el tratado y ello afectare a una norma fundamental de ese derecho interno.

⁷¹ Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr.35.

⁷² FUENTES, X. 2007. op.cit.

⁷³ IBÁÑEZ, J. 2012. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos, (8):103-113.

facultades de cada autoridad⁷⁴. En este sentido, el control de convencionalidad es una vía para dar cumplimiento a este imperativo de *ius cogens*.

4. Naturaleza jurídica del control de convencionalidad

Sobre este asunto la doctrina no ha indagado. En general, como hemos visto, todos/as los/as autores/as sostienen que el control de convencionalidad es una manifestación de la obligación de garantía y de adoptar medidas en el ámbito interno. En este sentido, el control de convencionalidad concretaría estas obligaciones para toda autoridad pública, desde una perspectiva hermenéutica.

Se puede sostener que el control de convencionalidad se enmarca dentro del concepto más amplio de “control internacional”, es decir, el conjunto de procedimientos y técnicas destinados a verificar si el comportamiento de los Estados se adecúa o no a lo exigido por normas de conducta internacionales⁷⁵. Sin embargo, la naturaleza de procedimiento de control internacional correspondería a la labor que realiza la Corte IDH en el denominado control de convencionalidad externo, pero no logra explicar la naturaleza jurídica del control de convencionalidad en el ámbito interno.

⁷⁴ Como veremos más adelante, los casos más complejos son aquellos en que no existe la posibilidad ni de expulsar la norma, ni de realizar una interpretación conforme a la Convención. En aquellas situaciones, se deberá estar a las posibilidades que plantea cada sistema constitucional, como lo ilustraré en el caso de Chile en los casos de Chile.

⁷⁵ MARIÑO, F. 2005. Derecho Internacional Público, Parte General. Madrid: Editorial Trotta, p. 455.

En cuanto al control de convencionalidad interno, si consideramos que este es una manifestación de la constitucionalización del derecho internacional, y que como tal, tiene una evidente inspiración en el derecho constitucional (y en la figura del control de constitucionalidad desarrollado en el ámbito interno)⁷⁶, debemos mirar hacia las teorías que explican las modalidades de defensa de la Constitución (entendiendo al control de constitucionalidad como un mecanismo de control de la supremacía constitucional)⁷⁷ para buscar una explicación de la naturaleza jurídica del control de convencionalidad, en cuanto figura que busca “defender” la vigencia de la CADH.

La defensa de la Constitución, como indica FIX ZAMUDIO, está integrada por “todas aquellas instituciones jurídicas, sustantivas y procesales, que se han establecido en las propias Cartas Fundamentales, tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, alcanzar el desarrollo y evolución de las disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, para lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social y, desde el ángulo de la Constitución real o material, a fin de obtener su transformación conforme a las normas

⁷⁶ FERRER MAC-GREGOR, E. 2012, op.cit., pp.98-110.

⁷⁷ Estas teorías descansan sobre la idea de la supremacía constitucional, es decir, sobre la teoría de que toda norma jurídica secundaria tendrá validez dentro del sistema legal únicamente si sus disposiciones son acordes a los principios establecidos en la Constitución, pues resulta incuestionable que, desde el punto de vista formal, la Constitución es la norma jurídica fundamental de un Estado, expedida por el Poder Constituyente, la cual se caracteriza por ser Ley Suprema del sistema jurídico vigente.

programáticas o disposiciones de principio contenidas en la propia ley suprema del Estado”⁷⁸.

La existencia de este conjunto de mecanismos se explica porque se entiende que no es suficiente con una adecuada organización de los poderes públicos y de la existencia de catálogos de derechos de la persona humana, sino que resulta indispensable la introducción o perfeccionamiento de un sistema que permita la protección y permanencia de las disposiciones constitucionales contra las extralimitaciones de los órganos del poder⁷⁹.

En este sentido, la doctrina distingue entre mecanismos de “protección de la ley suprema” (medidas de carácter preventivo o preservativo, que pueden ser políticas, económicas, sociales y jurídicas) y “garantías” (medidas de carácter restitutoria o reparadora)⁸⁰. De esta forma, haciendo una analogía entre el control de constitucionalidad (como mecanismo de defensa de la Constitución) y el control de convencionalidad (como mecanismo defensa de la CADH), podemos sostener que el control de convencionalidad es una garantía, en cuanto es un control que opera para velar por la eficacia de la CADH en casos concretos.

⁷⁸ FIX ZAMUDIO, H. 1993. Justicia Constitucional, ombudsman y derechos humanos. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, p. 258 y 325.

⁷⁹ FIX ZAMUDIO, H. 1968. Introducción al estudio de la defensa de la Constitución. Boletín Mexicano de Derecho Comparado (1):89-118.

⁸⁰ CAPELETTI, M. 1961. La jurisdicción constitucional de la libertad. México D.F: Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, p.141 y, FIX ZAMUDIO, H. 1968, op.cit, p.92.

FERRAJOLI divide a los mecanismos de garantía de la Constitución en garantías negativas y positivas. Las garantías negativas son las prohibiciones de inderogabilidad de la Constitución y las garantías positivas consisten en la obligación de realizar lo dispuesto por ellas⁸¹. Estas se pueden dividir a su vez en primarias y secundarias. Las garantías negativas primarias serían aquellas que impiden cualquier revisión de la Constitución o prevén, para su modificación, procedimientos complejos; mientras que las garantías negativas secundarias corresponden a las normas sobre control jurisdiccional constitucional, consistentes en la anulación o inaplicación de las normas de la ley reñidas con las normas constitucionales. En este esquema, se ubica al control de constitucionalidad como una garantía negativa secundaria, ya que permite controlar la supremacía constitucional a través del control judicial sobre la legitimidad de las leyes⁸².

En este sentido, podemos sostener que el control de convencionalidad es una garantía negativa secundaria⁸³, en tanto permite velar por la vigencia de la CADH al permitir la inaplicación o anulación de normas o actos contrarios a esta o su interpretación conforme. Sin embargo, en este punto es necesario recalcar que el control de convencionalidad pretende “defender” algo más que la mera vigencia efectiva de la CADH y sus preceptos (es decir, no se trata solo de un argumento de “supremacía convencional”), ya que lo que se busca finalmente,

⁸¹ FERRAJOLI, L. 2006. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. Revista Doxa, 29:15-31.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Esto ya había sido sugerido por Claudio Nash, en: NASH, C. 2012, *op.cit.*, p. 363.

es que la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos que se realice en casos concretos, sea aquella que favorezca la protección de la persona humana. Esto, pues el sistema de protección de los derechos humanos goza de principios que le son propios; a diferencia de otras normas, los tratados de derechos humanos tienen como fin último la protección de la persona humana, por lo que toda aplicación de normas debe tender a realizar este fin último (sobre este principio interpretativo “pro persona”, véase apartado 1.1 del capítulo III). Los argumentos que se dan para defender la CADH y el ejercicio de convencionalidad no están dados únicamente por sostener la supremacía formal de ésta, sino también porque las normas sobre derechos humanos representan un conjunto de reglas y principios que dotan de legitimidad sustancial a nuestras democracias, al constituirse como límites que condicionan su validez⁸⁴.

Volviendo a la naturaleza jurídica del control de convencionalidad, no podemos dejar de resaltar que la teoría de que éste sería una garantía negativa secundaria, sólo logra explicar el control de convencionalidad en tanto mecanismo jurisdiccional de control (el desarrollo teórico de las garantías negativas secundarias en concepto de Ferrajoli se relaciona con los mecanismos desarrollados por la justicia constitucional, como sistemas jurisdiccionales), pero como ha indicado la Corte IDH, el control de convencionalidad corresponde a un mandato de toda autoridad pública y, en

⁸⁴ FERRAJOLI, L. 2006, op.cit, p. 21.

ese sentido, debemos preguntarnos qué naturaleza tiene el control de que realizan las autoridades no judiciales. Para responder a esta interrogante hay que examinar el contexto en que la Corte IDH ha indicado que el control de convencionalidad es mandato de toda autoridad pública. En el caso *Gelman*, la Corte IDH, sigue a Ferrajoli⁸⁵, al sostener que:

“La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo **‘susceptible de ser decidido’** por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”⁸⁶.

Por otra parte, en el caso *Atala Riffo e hijas*, la Corte IDH indica que las interpretaciones judiciales y administrativas, deben aplicarse adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH⁸⁷. La Corte IDH no ha delimitado los alcances de esta obligación, -como si lo ha hecho con el control jurisdiccional de convencionalidad-; como indica BAZÁN, esto presenta un mandato con un tenor de tal generalidad, que requiere ser delimitado en

⁸⁵ “Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, **forman la esfera de lo indecible que y de lo indecible que no**; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”. En: FERRAJOLI, L. 2004. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, p. 24. El destacado es propio.

⁸⁶ Corte IDH. Caso *Gelman Vs. Uruguay*, op.cit., párr. 239. Destacado propio.

⁸⁷ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, op.cit., párr. 284.

futuros pronunciamientos⁸⁸. Sin embargo, a partir de la propia jurisprudencia de la Corte IDH es posible arribar a una conclusión acerca de su naturaleza y objetivos de este tipo de control. Ésta ha definido el control de convencionalidad como una “institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo al jurisprudencia de este Tribunal”⁸⁹. En ese sentido, el control de convencionalidad ejercido por toda autoridad pública, es una forma de garantizar que los “límites” sustanciales a la democracia (derechos humanos) no sean vulnerados, lo que supone un actuar conforme de la autoridad, a la CADH y a los estándares desarrollados en la jurisprudencia interamericana. Este “actuar conforme” implicaría una acción positiva preventiva (como indica la Corte IDH en el *caso Atala Riffo*), y una acción represiva de control *a posteriori* que permite anular los efectos del acto anticonvencional (esto, en el ámbito de competencias de la autoridad pública), como indica la Corte IDH en el *caso Gelman*.

Este mecanismo, en la teoría de FERRAJOLI, es una garantía, pero sería una garantía *sui generis*. Por una parte, sería una garantía positiva ya que busca que las autoridades públicas cumplan directamente con el mandato

⁸⁸ BAZÁN, V. 2011, op.cit, p.30.

⁸⁹Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr.65.

convencional⁹⁰, pero también sería una garantía negativa, al mandar a reprimir los actos que contravengan el mandato convencional.

De esta forma, podemos sostener que el control de convencionalidad es un mecanismo que vela por la “defensa de la CADH” (en tanto conjunto de reglas y principios de derechos humanos) y, en ese sentido, es una garantía negativa secundaria en su faz jurisdiccional, y una garantía compleja cuando es fundamento del actuar de la autoridad pública.

5. Ámbito, objeto y parámetro de convencionalidad

A partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH y considerando los fundamentos del control, a continuación realizaré algunas precisiones conceptuales referidas a los ámbitos en que se desenvuelve el control de convencionalidad, su objeto y parámetro de escrutinio.

5.1 Control de convencionalidad externo e interno: concepto e interrelación

El control de convencionalidad desenvuelve sus efectos en el ámbito internacional y en el ámbito interno⁹¹. La doctrina ha conceptualizado al control de convencionalidad que realiza la Corte IDH como un “control concentrado” y

⁹⁰ Sobre las garantías positivas, véase: FERRAJOLI, L., 2006, op.cit, pp.28-31.

⁹¹ El objeto de este estudio es analizar el control de convencionalidad en el ámbito interno, por lo que las referencias al control de convencionalidad externo serán suscitadas y realizadas solo con el objeto de aclarar conceptos. Para mayor profundización del control de convencionalidad externo, véase: HITTERS, J. 2009. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Revista de Estudios Constitucionales, 7 (2): 109-128.

el control que realizan los jueces y demás autoridades públicas como un “control difuso”. Sin embargo, esta diferenciación de conceptos que realiza FERRER MAC-GREGOR se refiere más bien a los efectos que tiene el control de convencionalidad dependiendo de la autoridad encargada de realizarlo, más que a si se realiza en el ámbito interno o externo. En efecto, si se sigue la terminología constitucional (haciendo una analogía entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad), el control concentrado de constitucionalidad corresponde a aquel que realiza la magistratura constitucional y que tiene por efecto la expulsión de nomas con efecto *erga omnes*; mientras que el control difuso de convencionalidad correspondería a aquel que realiza todo/a juez/a y que tiene por efecto la inaplicación en el caso concreto o interpretación conforme del precepto⁹². En este sentido, en el ámbito interno -dependiendo de las facultades de cada juez/a- podrá hablarse de “control concentrado de convencionalidad” o “control difuso de convencionalidad”. Si bien esta terminología puede resultar útil para identificar a la Corte IDH como la guardiana última de la CADH, creo que los términos pueden inducir a confusión. Por ello, me referiré al control de convencionalidad que realiza la Corte IDH como control de convencionalidad externo, y al control que realizan las autoridades nacionales, como control de convencionalidad interno.

⁹² GARCÍA, S. 2012. El control judicial interno de convencionalidad. En: SAIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. 2012, op.cit., p.296.

En el ámbito internacional (control externo de convencionalidad), es la labor que realiza la Corte IDH y que consiste en la potestad que se le otorga para que determine cuándo los Estados parte -a través de sus normas u actos- vulneran el derecho convencional y generan a través de ellos responsabilidad internacional⁹³. En este sentido, si bien la denominación de su labor como “control de convencionalidad” es reciente⁹⁴, el control de convencionalidad - como función asignada a la Corte IDH- se ha realizado desde la primera sentencia⁹⁵. La legitimidad normativa de la Corte IDH para realizar el control de convencionalidad emana de los artículos 62.3 (competencia contenciosa de la Corte IDH) y 63.1 (medidas que puede disponer la Corte IDH).

El control de convencionalidad externo, tal como se desprende del voto de Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang* y que es reiterado en su voto del caso *Vargas Areco*⁹⁶, alude a características muy similares a las del control de constitucionalidad en el ámbito interno. En efecto, tal como las Cortes Constitucionales cotejan la conformidad del proceso y las decisiones correspondientes con la Constitución nacional, la Corte IDH confronta los hechos internos –leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, etc- con las normas de la Convención, debiendo resolver si existe congruencia entre

⁹³ NOGUEIRA, H. 2012, op.cit nota 19, p.296.

⁹⁴ Como vimos, desde el voto del juez Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, op.cit nota 20.

⁹⁵ Sin embargo, esta no es su única función. Además de la función contenciosa, tiene la facultad de emitir opiniones consultivas en conformidad al artículo 64 de la CADH.

⁹⁶ Corte IDH. Caso *Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155. Voto del juez Sergio García.

aquéllos y estas, para determinar sobre esa base, si existe responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones internacionales⁹⁷. Sin embargo, como han aclarado los magistrados, esta labor no supone que la Corte IDH se convierta “en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno”⁹⁸, ya que su misión no es revisar las sentencias de los tribunales domésticos, no sustituye al juez de la causa en la apreciación de hechos y pruebas, ni en la emisión de absolución y condenas. Su labor es más importante, que es determinar “la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes”⁹⁹.

En el ámbito interno (control interno de convencionalidad), es la tarea que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias y que consiste en verificar la adecuación de los actos del Estado a la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH. Considerando que en lo sucesivo me centraré en este ámbito del control de convencionalidad, a continuación me referiré a la relación que existe entre el control de convencionalidad interno y externo y que se da en diferentes niveles.

⁹⁷ Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr.7.

⁹⁸ *Ibidem*, párr.6.

⁹⁹ GERMÁN, A. y CANO, A.A 1998. Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos. *En*: MENDEZ, J. y COX, F. (Ed.) El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. San José, IIDH, p.584. Citado en: HITTERS, J. 2009. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad, op.cit.

Un primer nivel de esta relación, se da respecto a la labor que realiza la Corte IDH de manera subsidiaria a la tarea de los Estados. En efecto, al ser la jurisdicción internacional subsidiaria de la nacional, la Corte IDH debe realizar un control de convencionalidad solo cuando la labor de convencionalidad realizada en el ámbito interno no se ha realizado, o se ha ejecutado de manera imperfecta. En efecto, la pauta de agotamiento de los recursos en el ámbito interno está pensada para darle a los Estados la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfrentados a un proceso internacional¹⁰⁰. En algunos casos -sobre la base de estas consideraciones- los Estados han alegado que han realizado un control de convencionalidad a modo de excepción preliminar, señalando que no es necesario que se pronuncie la Corte IDH¹⁰¹. Sin embargo, se debe recordar que la labor de la Corte IDH consiste en verificar la compatibilidad de la actuación de nacional con la CADH, sus protocolos adicionales y su jurisprudencia, lo que -en determinados casos- puede traer consigo la revisión de si se realizó un adecuado ejercicio de convencionalidad¹⁰². En ese sentido, el análisis de si se realizó un “adecuado ejercicio de convencionalidad” corresponde a una cuestión de fondo, pues implica analizar si un determinado ejercicio de control de convencionalidad por

¹⁰⁰ BAZÁN, V. 2010. La Corte Interamericana y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable. En: VIII CONGRESO MUNDIAL de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: 6 a 10 de diciembre de 2010. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

¹⁰¹ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, op.cit., párr.13.

¹⁰² *Ibíd*em, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr.8.

parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado.

En dicho escrutinio, puede resultar que la Corte IDH determine que no se realizó un adecuado control de convencionalidad o, por el contrario, celebrar su adecuado ejercicio. Un ejemplo de la primera situación, es el caso *Cabrera García Montiel y Flores Vs. México*, donde la Corte IDH determinó -pese al alegato del Estado de haber realizado un control de convencionalidad *ex officio*- que era necesario que las “interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este tribunal [Corte IDH] y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que [...] corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir, el fuero penal ordinario”¹⁰³. Por otra parte, la Corte IDH también ha destacado aquellos ejemplos exitosos de ejercicio de control de convencionalidad en el ámbito interno. Por ejemplo, en el caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*, la Corte IDH resaltó positivamente que la Suprema Corte Argentina analizara el sistema normativo interno a la luz de los estándares que impone el artículo 8.2 h) de la CADH sobre derecho a un recurso judicial efectivo, y en ese sentido indicó:

¹⁰³ *Ibidem*, párr.233.

“El Tribunal valora positivamente el fallo Casal mencionado por el Estado en cuanto a los criterios que se desprenden sobre el alcance de la revisión que comprende el recurso de casación, conforme a los estándares que se derivan del artículo 8.2.h) de la Convención Americana. El Tribunal también destaca que este fallo fue invocado por los tribunales al resolver los recursos de revisión interpuestos por Saúl Cristian Roldán Cajal, César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, y que se hizo un control de convencionalidad sobre el alcance del derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. Sobre el fallo Casal, el Estado explicó la manera en que funciona el sistema de control constitucional con base al cual los criterios que se desprenden del mismo en materia del derecho de recurrir del fallo deben ser aplicados por los jueces argentinos en todas las instancias.

“La Corte considera que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal [...]”¹⁰⁴.

La otra arista de la interacción entre el control de convencionalidad interno y externo, se da respecto al “baremo de convencionalidad”. Como explicaremos más adelante con mayor detalle (*infra* 5.3), la jurisprudencia de la Corte IDH es parámetro de convencionalidad para la judicatura nacional. En este sentido, al realizar el ejercicio de control de convencionalidad, los jueces deben tomar en consideración los desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH, lo que representa un enorme desafío tanto para la propia Corte IDH como para la magistratura nacional. La Corte IDH debe sistematizar y difundir su jurisprudencia para dotarla de mayor accesibilidad, y la judicatura debe capacitarse en estándares interamericanos.

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, op.cit., párrs.331-332. Pese a que la Corte IDH consideró que se había realizado un adecuado ejercicio de convencionalidad, sobre la base del artículo 2 de la CADH determinó que de todas formas debía modificarse la legislación interna (que regula el sistema recursivo) en orden a satisfacer los estándares del derecho a un recurso judicial efectivo (párrs.293-298 y 301-303).

5.2 Objeto del control de convencionalidad

El control de convencionalidad tiene como objetivo lograr la efectividad en el goce y ejercicio de los derechos fundamentales a través de la interpretación conforme de las normas internas con las obligaciones que impone la CADH. En este sentido, se busca la adecuación de las normas y actos de la autoridad, a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH. En este contexto, cabe preguntarse respecto de qué normas o actos se debe realizar un control de convencionalidad.

De la jurisprudencia analizada, se desprende que lo que debe ser sometido a control de convencionalidad son las normas internas del Estado y, en general, los actos de toda autoridad pública. Si la llamada a realizar el control de convencionalidad es toda autoridad pública, de lo que se trata es que todas sus actuaciones se conformen a la CADH y busquen dar efectividad a los derechos. Estas actuaciones estarían constituidas por manifestaciones de la voluntad formales (leyes, decretos, reglamentos, instructivos, etc.) y manifestaciones de la voluntad no formalizadas (vías de hecho). La omisión de actuación también es una manifestación de la voluntad de no actuar de una determinada manera. En los países donde la jurisprudencia fijada por las altas cortes es obligatoria para los tribunales inferiores, esta reviste el carácter de “norma” o “ley”, por lo que debe ser incluida también en el escrutinio de convencionalidad¹⁰⁵.

¹⁰⁵ HITTERS, J. 2009, op.cit., p.121.

Por otra parte, se debe clarificar que a efectos del control de convencionalidad, se deben analizar las acciones del Estado en su conjunto, pues como indicó el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado del caso *Myrna Mack Chang*, en relación a la responsabilidad internacional el Estado, este se debe ver como un todo:

“Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”¹⁰⁶.

Sin embargo, hay ciertos aspectos del objeto del control interno que generan cuestionamientos. En primer lugar, cabe preguntarse si es posible realizar un control de convencionalidad sobre normas constitucionales. En cuanto a las normas internas del Estado, los términos amplios en que se ha expresado la Corte IDH, permitiría sostener *-prima facie-* que sería posible realizar un control de convencionalidad sobre normas constitucionales. Como indica SAGÜÉS, entre las normas que debían analizarse, la Corte IDH no exceptuó a la Constitución y las razones jurídicas esgrimidas por la Corte IDH para avalar el

¹⁰⁶ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, op.cit., voto del juez Sergio García Ramírez, párr.27.

control (buena fe y *pacta sunt servanda*) también conducen a que la Constitución fuese relegada si se viola la CADH¹⁰⁷.

Sin embargo, cabe tener presente que la Corte IDH no puede imponer un modelo de incorporación de los tratados internacionales en el ámbito interno. Los Estados, en virtud de su soberanía, son libres de diseñar los modelos institucionales que estimen idóneos para la incorporación de los tratados, lo que puede resultar en fórmulas muy diversas. Así, pueden diseñarse modelos donde exista jerarquía infraconstitucional pero supralegal de los tratados internacionales, jerarquía constitucional o supraconstitucional. Pero, cualquiera sea el modelo que haya adoptado el Estado para la incorporación de las obligaciones convencionales, queda vinculado a su cumplimiento, no pudiendo excusarse en normas internas para dejar de cumplir el tratado.

En este sentido, el conflicto de ejercer control de convencionalidad sobre la Constitución en aquellos países en que los tratados internacionales tienen rango infraconstitucional, radica en que el juzgador no tiene las herramientas normativas para declarar inaplicable la Constitución. Sin embargo, ello no lo exime de intentar buscar aquella interpretación que conforme a la Constitución con la CADH y su jurisprudencia, pues de lo contrario, haría incurrir al Estado en responsabilidad internacional. En este sentido, las críticas que apuntan a que el control de convencionalidad impone un determinado modelo

¹⁰⁷ SAGUÉS, N. 2012. Derecho internacional y derecho constitucional. Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano. En: ARENS, H. (Comp). El Estado de Derecho hoy en América Latina, Konrad Adenauer Stiftung, p.23.

constitucional, dejan de lado que las posibilidades de ejercicio del control de convencionalidad son amplias, y no solo implican la supresión de las normas internas, por el contrario, aquella es la posibilidad más extrema. En este sentido, es posible compatibilizar un modelo constitucional en cuyo escenario los tratados internacionales tengan un rango infraconstitucional, con un control de convencionalidad que tenga como “ámbito de control interno” la Constitución Política.

Por otra parte, también se cuestiona la legitimidad del control de convencionalidad sobre aquello que es fruto de un consenso democrático directo¹⁰⁸. Un ejemplo claro de aquello lo constituye la discusión que surgió en el seno de la Corte IDH a propósito de la dictación de la Ley de Caducidad en Uruguay. Esta ley -aunque sin dicha denominación- constituía una amnistía para los funcionarios militares y policiales que hubieran cometido delitos durante el periodo de facto, y pese a ser declarada inconstitucional (para el caso concreto) por la Suprema Corte de Justicia Uruguay en 2009¹⁰⁹, se sometió a consideración de la ciudadanía el 25 de octubre de 2009 un proyecto

¹⁰⁸ Si bien, por la legitimidad democrática que supone la elección de las autoridades podría pensarse que este cuestionamiento podría ser extensivo a todo acto o norma emanada de la autoridad, aquí nos referimos a aquellos casos de normas o actos legitimados directamente por la ciudadanía. Una crítica al control de convencionalidad ejercido sobre leyes aprobadas democráticamente en: GARGARELLA, R. 5 comentarios sobre la decisión de la Corte Interamericana en Gelman. [en línea] < <http://seminariogargarella.blogspot.com/2011/06/5-comentarios-sobre-la-decision-de-la.html> > [consulta: 9 de abril de 2014]. Citado en: GONZÁLEZ, O. 2012. “Acerca del ‘control de convencionalidad’ por parte de los operadores de justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional”. Revista IIDH 56: 215-271.

¹⁰⁹ Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Caso Sabalsagaray Curutchet. Sentencia No.365, 19 de octubre de 2009. Este razonamiento fue reiterado en 2010, véase: Caso Organización de los Derechos Humanos. Sentencia No.1525, 29 de octubre de 2010.

de reforma constitucional para anular la Ley de Caducidad, pero la propuesta realizada en conjunto con una elección nacional de autoridades alcanzó el 47,7% de los votos y no logró ser aprobada¹¹⁰. En este sentido, se cuestionaba la legitimidad de los tribunales nacionales para interferir en aquello decidido democráticamente sobre la base del control de convencionalidad. En conocimiento de este caso, la Corte IDH fijó un estándar claro y, valorando el control de convencionalidad que se había realizado en el ámbito interno, señaló:

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

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

¹¹⁰ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay, op.cit., párr.149.

primar un ‘control de convencionalidad’ [...] que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley’ [...]”¹¹¹.

Para arribar a esta conclusión, la Corte IDH recogió abundante jurisprudencia nacional referida a los límites de la democracia en relación con la protección de los derechos fundamentales. De esta manera, la Corte IDH despejó esta interrogante señalando que debe realizarse un control de convencionalidad de la propia decisión de la mayoría en contextos democráticos. Como nos indica FERRAJOLI, “ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”¹¹².

5.3 Parámetro de convencionalidad

¹¹¹ Ibídem, párrs.238, 239.

¹¹² FERRAJOLI, L. 2009, op.cit., p.24.

El parámetro de convencionalidad lo constituyen los elementos que deben tomarse en consideración para determinar la compatibilidad entre los actos y normas nacionales con las obligaciones internacionales de derechos humanos. Este parámetro está constituido por la CADH y sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte IDH y, recientemente, la jurisprudencia interamericana confirmó los criterios interpretativos que la doctrina había señalado como habilitantes para incorporar otros instrumentos internacionales interamericanos como parámetro de convencionalidad. A continuación, analizaré cada uno de estos elementos.

5.3.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos adicionales

La CADH es el principal parámetro sobre el cual descansa el ejercicio del control de convencionalidad, es así como la denominación de este ejercicio recibe su nombre por el baremo sobre el cual se debe ejercer el control de convencionalidad. La CADH contiene disposiciones relativas a derechos, obligaciones, normas de interpretación y de suspensión y restricción de derechos. Si bien la mayoría de sus disposiciones están redactadas de manera tal que permiten a las Cortes su directa aplicación interna, hay ciertas normas que requieren de mayor desarrollo e interpretación por parte de los tribunales nacionales. Para ello, resulta útil acudir a la jurisprudencia de la Corte IDH, intérprete última del tratado interamericano. Por otra parte, la propia CADH permite incluir en el régimen de protección “proyectos de protocolos adicionales

a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades” (artículo 77). Así, de conformidad a los artículos 76 y 77 de la CADH se han adicionado a la CADH, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte. Así, el parámetro de convencionalidad comprende la CADH y los protocolos adicionales a la misma.

5.3.2 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la misma Corte IDH, a la hora de definir el parámetro bajo el cual se ha de cotejar el cumplimiento de las obligaciones convencionales, ha señalado que debe tomarse en consideración “no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹¹³. En este sentido, la interpretación que la Corte IDH hace de las normas convencionales en los casos contenciosos que son sometidos a su conocimiento sería vinculante para los Estados a la hora de definir sus obligaciones internacionales. Sin embargo, es necesario analizar los alcances y fundamentos de la vinculatoriedad.

La obligación de considerar la jurisprudencia de la Corte IDH como parámetro de convencionalidad, despliega sus efectos en dos niveles. En efecto, es

¹¹³ Así lo ha señalado la Corte IDH desde el Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, op.cit., párr.124.

posible distinguir situaciones dependiendo de si la sentencia ha sido dictada en un caso en cual el Estado ha sido parte o no. La Corte IDH, a partir de la resolución de supervisión del caso *Gelman Vs. Uruguay*, distinguió entre la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH para aquellos Estados parte del litigio y para aquellos Estados que si bien no fueron parte del caso concreto, han dado competencia a la Corte IDH.

En el primer caso, las sentencias de la Corte IDH producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante, lo que deriva de la ratificación de la CADH y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal¹¹⁴ (artículos 67 y 68.1 CADH). En estos casos, la Corte IDH ha indicado que los Estados están vinculados no solo por la parte resolutive de las sentencias, sino también por el razonamiento de la Corte, ya que el fallo constituye un todo o una unidad¹¹⁵. Asimismo, ha señalado que la obligación de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH constituye una obligación para “todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia del tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la

¹¹⁴ Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*, op.cit, párr.87.

¹¹⁵ *Ibidem*, párr.62.

sentencia. Es decir, en este supuesto, se está presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia”¹¹⁶. Un ejemplo de cómo opera la jurisprudencia de la Corte IDH como parámetro de convencionalidad en un caso del cual el Estado ha sido parte, lo constituye lo que indicó la Corte IDH en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*:

“En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana (supra apartado C.2)”¹¹⁷.

Es así, como se ordena no solo a los/as jueces/zas, sino también a las autoridades administrativas, que adecúen sus actos en conformidad a los criterios interpretativos desarrollados en la sentencia. Sin embargo, a diferencia de la jurisprudencia de la Corte IDH emanada en casos donde el Estado no fue parte, acá la aplicación de los criterios interpretativos de la sentencia constituye el cumplimiento de la misma.

La segunda expresión de vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH como parámetro de convencionalidad (eficacia interpretativa de la sentencia de la Corte IDH), dice relación con las sentencias en las que los Estados no han sido parte del litigio, pero sí han otorgado competencia contenciosa a la Corte

¹¹⁶ *Ibíd*em, párr.68.

¹¹⁷ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, párr.284.

IDH. Respecto de estos casos, la Corte IDH ha indicado que también constituye parámetro de convencionalidad la interpretación que la Corte IDH ha realizado del tratado americano¹¹⁸. Sin embargo, esta afirmación no ha estado exenta de cuestionamientos por parte de la doctrina, por cuanto no existe disposición expresa en la Convención que indique que la *ratio decidendi* de la Corte IDH sea vinculante¹¹⁹.

Sin embargo, debemos recordar que la CADH ha confiado en la Corte IDH la aplicación e interpretación de este instrumento (artículo 62.3 CADH), siendo la intérprete oficial del tratado americano. De esta forma, la fuerza normativa de la CADH alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, toda vez que el objeto de la Corte IDH, en conformidad al artículo 1 de su estatuto¹²⁰, es la aplicación e interpretación del *corpus iuris* interamericano¹²¹.

¹¹⁸ En el ámbito Europeo, la eficacia interpretativa de la sentencia dictada por la Corte Europea, recibe el nombre de “principio de solidaridad” y fue recogido expresamente por el Consejo de Europa en el año 2000, en los siguientes términos: “el principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras partes). Esto significa que los Estados parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que no son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales”. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución No.1226 de 28 de septiembre de 2000, párr.3.

¹¹⁹ SAGÜÉS, N. 2010, op.cit.

¹²⁰ Artículo 1 Estatuto de la Corte IDH: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto”. Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

¹²¹ FERRER MAC-GREGOR, E. 2012, op.cit., p.147.

Asimismo, hay autores que encuentran fundamento a esta afirmación, en que el artículo 69 de la CADH establece que el fallo, además de notificarse al Estado objeto de la controversia, debe ser transmitido también a los Estados parte de la Convención¹²², lo que sería una forma de facilitar la eficacia general de la norma interpretada por la Corte IDH.

En este sentido, creo que la legitimidad de las sentencias de la Corte IDH como baremo de convencionalidad radica en que la Corte IDH es la intérprete oficial del tratado americano, pero además en que sus resoluciones constituyen -en la mayoría de los casos- decisiones que interpretan la normativa convencional en atención al objeto y fin del tratado interamericano buscando la efectividad de la norma convencional. En este sentido, la Corte IDH establece el estándar mínimo de efectividad, derivado de la obligación de los Estados de respeto y garantía que establecen los artículos 1 y 2 de la CADH, por lo que los Estados se encuentran vinculados a la interpretación que ha realizado la Corte IDH en tanto fija la efectividad mínima de la norma convencional. En efecto, como señala FERRER MAC-GREGOR en su voto razonado de la supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la obligación de

¹²² NOGUEIRA, H. 2012. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. En: SAIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. 2012, op.cit. y; FERRER MAC-GREGOR, E. 2013. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año XIX, pp.607-638. (El texto reproduce el voto razonado a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman Vs. Uruguay).

adecuación normativa que exige el artículo 2 de la CADH supone que la adecuación busque la efectividad de la norma convencional, lo que implica la imposibilidad de realizar una interpretación de menores alcances a la realizada por el tribunal interamericano, lo que además prohíbe el artículo 29¹²³. De esta forma, al ser la jurisprudencia de la Corte IDH el estándar mínimo, esto no obsta que en atención al criterio interpretativo *pro persona* (también obligatorio para los Estados en virtud del artículo 29)¹²⁴, los tribunales nacionales desarrollen interpretaciones más favorables a la protección de los derechos fundamentales, en cuyo caso deben argumentar en qué medida su interpretación protege de manera más eficaz los derechos fundamentales en juego.

Junto con la legitimidad normativa de la eficacia interpretativa de las sentencias de la Corte IDH, cabe destacar que progresivamente ha ido adquiriendo una legitimidad práctica, que dice relación con que el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido reconocido por diversos tribunales constitucionales de la región¹²⁵. A este efecto, resulta particularmente

¹²³ FERRER MAC-GREGOR, E. 2012, op. cit., párr.48.

¹²⁴ En efecto el artículo 29 de la CADH establece: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia Argentina. Caso Jorge Rafael Videla. Sentencia de 21 de agosto de 2013; Tribunal Constitucional de Bolivia. Caso Milton Mendoza y otros. Sentencia de 6 de mayo de 2004, SC 0664/2004; Tribunal Constitucional de Perú. Caso Colegio de Abogados del

interesante el razonamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica:

“debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en un caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio- el mismo valor de la norma interpretada”¹²⁶.

Finalmente, hay que aclarar que la eficacia de la jurisprudencia de la Corte IDH como parámetro de convencionalidad es diversa dependiendo de si el Estado ha sido parte en el proceso donde ha sido dictada la sentencia. En la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia en el caso *Gelman Vs. Uruguay*, la Corte IDH da luces respecto a que existiría una diferencia entre el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH con efecto *inter partes* y su efecto *erga omnes*. En efecto, cuando hace la diferenciación entre ambas situaciones indica que existiría una “distinta vinculación” dependiendo si el Estado formó o no parte del proceso¹²⁷. Asimismo, cuando explica el efecto de la jurisprudencia en aquellos casos en que el Estado no formó parte, señala que se deberá tomar en consideración “según corresponda”, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana como parámetro de

Callao vs. Congreso de la República. Sentencia de 19 de junio de 2007, No. 00007-2007-PI/TC y; Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana. Engrose varios 912/2010. Sentencia de 14 de julio de 2011. Todos citados en: AYALA, C. 2013, op.cit., pp.66-78.

¹²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Expediente 0421-S-90, sentencia de 9 de mayo de 1995, considerando VII. Citada en: Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia, op.cit., párr.78.

¹²⁷ *Ibíd*em, párr.67.

convencionalidad¹²⁸. Pese a ello, con posterioridad no desarrolla con precisión cuáles serían los alcances de la diferenciación en la vinculatoriedad de la jurisprudencia. De todas formas, de la lectura de la resolución se puede concluir que la diferencia radicaría en que la sentencia dictada en el proceso donde el Estado fue parte constituye cosa juzgada internacional y, por tanto, su cumplimiento es obligatorio en virtud de los artículos 67 y 68.1 de la CADH y, en este sentido, el control de convencionalidad que aplica los estándares desarrollados en dicha sentencia, es una forma de dar cumplimiento a la resolución internacional; mientras que la sentencia dictada en un proceso donde el Estado no fue parte, constituye una pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos¹²⁹. Allí la eficacia vinculante es relativa en la medida que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional.

La jurisprudencia de la Corte IDH que debe entenderse como parámetro de convencionalidad, está comprendida por las interpretaciones que realiza la Corte IDH tanto en las sentencias dictadas en casos contenciosos, como aquellas realizadas en las resoluciones de supervisión de cumplimiento de la sentencia, medidas cautelares y sentencias de interpretación. Esto, pues el artículo 68.1 de la CADH indica que todos los actos jurisdiccionales dictados por

¹²⁸ *Ibidem*, párr.69.

¹²⁹ FERRER MAC-GREGOR, E. 2013, *op.cit.*, párr.53.

la Corte IDH -sin distinción- tienen carácter obligatorio, y en todas estas resoluciones la Corte IDH tiene la facultad de interpretar las disposiciones de la CADH. Sin embargo, hay divergencia en doctrina respecto a las opiniones consultivas que emite la Corte IDH y su valor como parámetro de convencionalidad. Esto, pues se ha cuestionado -más allá del control de convencionalidad- su obligatoriedad, considerando las diferencias entre la naturaleza de la función “contenciosa” y “consultiva” de la Corte IDH¹³⁰. Sin embargo, coincido con NIKKEN respecto a que si bien no son obligatorias - como lo son las sentencias dictadas en casos contenciosos- sus precedentes tienen “un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido parte en el caso sentenciado [...] representan una interpretación auténtica del Derecho Internacional [...], que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales”¹³¹.

Esta argumentación ha sido recientemente asumida por la Corte IDH, quien en la Opinión Consultiva N° 21 sobre niñez migrante, resaltó que los parámetros

¹³⁰ Así lo ha indicado la propia Corte IDH. Véase: "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 51. Sin embargo, hay autores que sostienen lo contrario. Véase: FAÚNDEZ, H. 2004. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales, 3ª ed. San José, IIDH.

¹³¹ NIKKEN, P. 2003. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario, Tomo I. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA y AECID, Costa Rica, p.176.

establecidos en su función consultiva también constituyen baremo de convencionalidad, en tanto constituyen una interpretación auténtica de la norma convencional:

“Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos”¹³².

5.3.4 Otros instrumentos

Respecto a la extensión de la obligación de realizar un control de convencionalidad teniendo como parámetro otros instrumentos que no sean la CADH, al comienzo del desarrollo del concepto en la jurisprudencia, la Corte IDH no había sido clara, lo que había planteado dudas en la doctrina¹³³. Sobre este punto, el primer pronunciamiento que encontramos en la Corte IDH, corresponde al voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*:

¹³² Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31.

¹³³ SAGÜÉS, N. 2010, op.cit.

“En la especie, al referirse a un ‘control de convencionalidad’ la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”¹³⁴.

La afirmación resulta lógica, pues si el fundamento del control de convencionalidad es que exista conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, nada obsta a que los Estados realicen el mismo ejercicio respecto de los demás tratados de derechos humanos que hayan ratificado.

Estas consideraciones fueron tomadas de manera paulatina por la Corte IDH en su jurisprudencia, dando señales hacia la incorporación plena de todos los instrumentos de los que el Estado es parte como parámetro de convencionalidad. Es así, como en un primer momento indicó que cuando un Estado ha ratificado un tratado *como* la CADH, los/as jueces/zas se ven obligados/as a realizar un control de convencionalidad (*Caso Almonacid*); luego, incluyó a modo de ejemplo a la Convención Interamericana sobre

¹³⁴ Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso, op.cit., párr.2.

Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (*Caso Masacres de Río Negro*); para finalmente indicar que el control de convencionalidad se debe realizar entre las normas internas y los tratados internacionales de los que el Estado es parte (*Caso Mendoza*).

En este sentido, el parámetro de convencionalidad está constituido por todos los tratados internacionales de los cuales es parte el Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte IDH como baremo de convencionalidad, solo podrá tenerse en consideración respecto de aquellos tratados respecto de los cuales la Corte IDH tenga facultades para interpretar.

Esta afirmación es relevante para la efectiva protección de ciertos derechos cuyo desarrollo no se encuentra en la CADH, como por ejemplo, los derechos colectivos reconocidos en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

6. Efectos del control de convencionalidad en el ámbito interno

Como corolario del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, se puede concluir que los efectos del ejercicio de control de convencionalidad serán diversos dependiendo de las facultades procesales de cada juez/a llamado/a a realizar este ejercicio. Con el objetivo de tener claridad acerca de las modalidades de aplicación del ejercicio de convencionalidad en el ámbito

interno, a continuación daré un panorama general de las posibilidades - en abstracto- que tiene el control de convencionalidad¹³⁵.

6.1 Toda autoridad pública debe ejercerlo *ex officio*

Desde la jurisprudencia asentada en el caso *Gelman*, es claro que el control de convencionalidad es misión de toda autoridad pública. Desde la perspectiva jurisdiccional, todos los jueces y órganos que realicen funciones jurisdiccionales desde una perspectiva material deben ejercer el control de convencionalidad¹³⁶. Así, tanto la magistratura perteneciente al Poder Judicial, como las Cortes Constitucionales están llamadas a realizarlo, con independencia de sus facultades procesales. En este sentido, ha sido clara la Corte IDH al señalar que se debe realizar en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Lo que diferenciará al control de convencionalidad realizado por las diversas autoridades, serán los efectos de este, dependiendo de las facultades procesales que les otorgue el ordenamiento jurídico. En este sentido, es claro que las autoridades no pueden excusarse, por ejemplo, en su incapacidad de expulsar normas del ordenamiento jurídico, para realizar el control de convencionalidad. El mandato

¹³⁵ Las posibilidades -en concreto- se analizarán respecto de Chile en el capítulo II de este estudio.

¹³⁶ FERRER MAC-GREGOR, E. 2011. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso *Cabrera García Montiel Flores Vs. México*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado (131):917-967, p.936.

de garantía de los derechos fundamentales es misión de toda autoridad pública¹³⁷.

Por su parte, la Corte IDH desde el caso *Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú*, indicó que el control de convencionalidad debe realizarse *ex officio*. Esto significa que debe realizarse con independencia de que las partes lo invoquen¹³⁸. Esto es una aplicación práctica del principio *iura novit curia*, por el cual la Corte IDH entiende que los/as jueces/zas nacionales conocen y deben aplicar el derecho internacional, por no ser solo derecho internacional ratificado y vigente, sino también derecho interno¹³⁹.

6.2 Intensidades de control

La intensidad del control de convencionalidad variará dependiendo de las facultades procesales de cada magistratura. A grandes rasgos, puede sostenerse que existen tres modelos de control jurisdiccional: a) aquellos modelos de control concentrado, b) control difuso y, c) sistemas mixtos.

En los modelos de control concentrado (modelo europeo), se centraliza el control en un único órgano, que está fuera del Poder Judicial y que tiene la facultad de expulsar (declarar la invalidez) de las normas con efectos generales

¹³⁷ Un aspecto no explorado por la doctrina, es el control de convencionalidad que debe ejercer la autoridad no jurisdiccional, pues todos los estudios se han centrado en analizar el control de convencionalidad desde la perspectiva de la judicatura. Este estudio, asimismo, se enfocará a investigar el control de convencionalidad que realizan las autoridades judiciales, pues es el ámbito donde mayores dudas persisten respecto a las posibilidades de su aplicación.

¹³⁸ FERRER MAC-GREGOR. 2011, op.cit., párr.42.

¹³⁹ NOGUEIRA, H. 2012, op.cit., p.372.

(*erga omnes*). En los modelos de control difuso, todos los/as jueces/zas tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto (pero con efecto *inter partes*); mientras que en los modelos mixtos es posible encontrar variantes de ambos modelos (por ejemplo, con salas constitucionales que forman parte del Poder Judicial y que a su vez permiten el control difuso por los demás jueces)¹⁴⁰. En América Latina existen diversos modelos de control jurisdiccional, en su mayoría mixtos y con un progresivo fortalecimiento de las Cortes Constitucionales¹⁴¹. Estas formas de control, diseñadas para conducir la relación entre normas domésticas de diversa jerarquía, pueden trasladarse al ámbito de la relación entre la norma internacional y la norma interna¹⁴² (control de convencionalidad). La Corte IDH no se ha pronunciado a favor de un sistema en particular, por lo que a efectos del análisis de la imperatividad de la realización del control, no reviste importancia el sistema de que se trate¹⁴³.

¹⁴⁰ HIGHTON, E. 2010. Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En: VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES, M. (Coord.). La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina? Tomo I. México D.F, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

¹⁴¹ NOGUEIRA, H. 2010. La jurisdicción constitucional sudamericana y su evolución en las últimas tres décadas. [en línea] <<http://www.crdc.unige.it/docs/articles/jurisdiccion%20constitucional%20en%20America.pdf>> [consulta: 14 de abril de 2013].

¹⁴² GARCÍA, S. 2011, op.cit., p.150.

¹⁴³ Así lo ha reafirmado recientemente la Corte IDH: “si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos [Tribunales Constitucionales] como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”. En: Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 124. Hay quienes han criticado la falta de consideración de la Corte IDH hacia los diversos modelos constitucionales, Contesse indica “el tribunal regional exige demasiado sin ocuparse, por ejemplo, de las distinciones entre países con sistemas de control de constitucionalidad concentrado y aquellos con sistemas

Podrán existir sistemas más favorables para la eficaz realización del control de convencionalidad¹⁴⁴, pero lo cierto es que -de manera independiente del sistema- el control de convencionalidad debe realizarse y surte efectos en el ámbito interno.

En este sentido, los elementos que componen los diversos sistemas de control jurisdiccional nos permiten delinear -de manera abstracta- cuáles serían los efectos del control de convencionalidad dependiendo de las facultades procesales de cada juez/a.

En aquellos sistemas de control concentrado, el control de convencionalidad puede tener como efecto la expulsión (o declaración de invalidez general) de aquellas normas incompatibles con el parámetro de convencionalidad. Este sería el mayor grado de intensidad del control de convencionalidad. En caso de que sea posible, la norma puede ser mantenida -sin que sea necesaria su expulsión- a través de una interpretación de la norma que armonice su aplicación con las obligaciones convencionales. En el caso de los jueces/zas que en este modelo no tengan la facultad de inaplicar normas o de decretar su

difusos (donde las posibilidades de ejercer este tipo de control son obviamente menos problemáticas), (CONTESSÉ, J. 2013. ¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ponencia presentada en el Seminario SELA. [en línea] < http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf > [consulta: 4 de agosto de 2014].

¹⁴⁴ Por ejemplo, García Ramírez ha sostenido que la adopción de un sistema de control difuso representa la mejor forma de favorecer el régimen de protección. Véase: voto concurrente del juez Sergio García Ramírez en el caso Trabajadores cesados del Congreso, op cit. Por su parte, Ferrer Mac-Gregor ha indicado que lo que si estaría fuera de los parámetros de la Corte IDH sería que ningún órgano tuviera competencia para ejercer el control de convencionalidad con “intensidad fuerte”, ya que ello produciría la responsabilidad internacional del Estado, ver: FERRER MAC-GREGOR, E. 2011, op.cit., párr.40.

expulsión con efectos generales, no existe la imposibilidad de que realicen el control de convencionalidad, ya que -en todo caso- quedan vinculados a la obligación de garantía, por lo que a través de herramientas hermenéuticas, deben lograr aquellas interpretaciones que sean compatibles con las obligaciones internacionales. Ambos efectos son parte del ejercicio de convencionalidad y serán el resultado del ejercicio de convencionalidad según las facultades que el sistema nacional otorgue al juez/a encargado/a del control¹⁴⁵. Sin embargo, hay quienes destacan que en estos sistemas -en aquellos países en que sea posible- se requiere que los/as jueces/zas no habilitados para inaplicar o expulsar normas, tengan la posibilidad de plantear “dudas de convencionalidad” a órganos superiores encargados de realizar el control, con el objeto de respetar las competencias de los órganos y uniformar la jurisprudencia¹⁴⁶.

En aquellos países en que el sistema es el del control difuso, todos los/as jueces/zas estarán habilitados/as para inaplicar normas anti convencionales en un caso concreto, por lo que el grado de control de convencionalidad resulta de mayor alcance¹⁴⁷. Este control operará solo si no es posible una interpretación conforme a la CADH.

Ambos sistemas se conjugan en los sistemas mixtos, donde por ejemplo, existirá una mayor intensidad del control de convencionalidad ejercido por las

¹⁴⁵ FERRER MAC-GREGOR. 2012, op.cit., p.95.

¹⁴⁶ GARCÍA, S. 2011, op.cit., p.152.

¹⁴⁷ FERRER MAC-GREGOR, E. 2011, op.cit., párr.36.

Cortes Constitucionales (cuya declaración, expulsa la norma con efecto *erga omnes*) y una intensidad “media” respecto de aquellos/as jueces/zas habilitados/as para realizar el control difuso, cuya inaplicación de la norma por anti convencionalidad, tiene efectos *inter partes*.

Pese a que en abstracto, las modalidades y efectos de la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito interno parecen claras, persisten dudas que se manifiestan ante los intentos de realizar el control de convencionalidad en casos concretos. Por ejemplo, una duda recurrente es qué pasa en aquellos casos en que no es posible realizar una interpretación conforme y el juez/a no está facultado para expulsar o inaplicar normas; qué sucede en aquellos países con precedentes vinculantes, donde es obligatoria la interpretación realizada por las altas Cortes, y aquella interpretación es abiertamente anti convencional; o si los efectos de la declaratoria de inconventionalidad son solo para el futuro, o si también existe la posibilidad de que tenga efectos para el pasado . En abstracto, es difícil dar respuesta a estas interrogantes, por lo que daré una aproximación a estas problemáticas a la luz del análisis de casos que se expondrán en del capítulo II de este estudio respecto de Chile. De todas formas, es relevante recalcar -como lo he realizado desde el comienzo de este estudio- que es obligatorio el ejercicio de convencionalidad, con independencia de las facultades procesales de cada magistratura. En este sentido, para una aplicación de buena fe del mismo, se requiere de una actividad hermenéutica que permita salvar las objeciones que *prima facie* se puedan plantear a su

ejercicio, siempre cuidando no desnaturalizar el funcionamiento de las instituciones, pues la legitimidad de los órganos de control descansa precisamente en la actuación dentro del ámbito de sus competencias y la compatibilidad con los procedimientos creados al efecto¹⁴⁸.

6.3 Interpretación conforme v/s adopción o expulsión de normas

Como he explicado, los efectos del control de convencionalidad, además de estar determinados por las facultades procesales de cada autoridad, están ligados a la posibilidad de realizar o no una interpretación conforme del precepto o acto cuestionado. Un aspecto común a todos los análisis realizados por los autores/as respecto a los efectos del control de convencionalidad en el ámbito interno, es que señalan que debe preferirse -antes de la expulsión o inaplicación de la norma- su interpretación conforme a la CADH¹⁴⁹. En este punto, la Corte IDH ha sido vacilante: mientras en algunos casos ha indicado que es suficiente con el ejercicio del control de convencionalidad y no ordena la expulsión de las normas en el ámbito interno¹⁵⁰, en otros casos -junto con

¹⁴⁸ NASH, C. 2013. Los desafíos del constitucionalismo latinoamericano en materia de derechos humanos. En: NASH, C. 2013, op.cit, p.20.

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, FERRER MAC-GREGOR, E. 2011, op.cit, párrs.35 a 38 y NOGUEIRA, H. 2006. Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano. *Revista Ius et Praxis*, 12 (2): 363-384, quien indica: "Esta perspectiva [a favor de la interpretación conforme] se funda en que, en principio y aplicando la buena fe, se debe interpretar mientras sea posible, que el legislador no ha querido vulnerar las obligaciones internacionales establecidas en el derecho convencional, debiendo considerar la legislación interna conforme al derecho convencional, salvo el caso que exista una incompatibilidad directa e insuperable entre la ley interna y el derecho convencional".

¹⁵⁰ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México, op.cit, párrs. 340 y 341.

celebrar el ejercicio del control de convencionalidad en el ámbito interno- ha ordenado de todas formas al Estado a reformar su legislación¹⁵¹.

En su más reciente jurisprudencia, en el caso *Norín Catrimán y otros*, la Corte IDH retoma este debate, y sin ordenar al Estado de Chile realizar modificaciones legislativas en todo lo solicitado por los requirentes, establece parámetros bajo los cuales estima que es posible realizar una interpretación conforme de la legislación nacional. Así, por ejemplo, respecto a las causales que hacen procedente la prisión preventiva, indica:

“Con base en los anteriores razonamientos, el Tribunal estima que el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal aplicado al señor Ancalaf y el artículo 140.c del Código Procesal Penal de 2000 aplicado a las restantes siete presuntas víctimas que regulaban la causal de prisión preventiva relativa al “peligro para la seguridad de la sociedad” **no eran normas per se contrarias a la Convención Americana, puesto que podían ser interpretadas de una manera acorde a la misma**, siempre y cuando se aplicaran buscando un fin procesal y los criterios tomados en cuenta fueran valorados en relación con la evaluación de la configuración de un riesgo procesal en las circunstancias del caso concreto. Por consiguiente, Chile no violó el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, consagrado en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 7 de la Convención Americana, en perjuicio de las ocho presuntas víctimas del presente caso [...].

“[...] la Corte no encuentra pertinente ordenar a Chile la adecuación de su derecho interno ya que las violaciones al derecho a la libertad personal constatadas en la presente Sentencia se derivan de la interpretación y aplicación judicial de dichas normas. No obstante, la Corte recuerda que las autoridades judiciales deben aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte (*supra* párrs. 307-312) **en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar que la**

¹⁵¹ Véase, por ejemplo, Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, op.cit, párr. 332.

medida de prisión preventiva sea siempre adoptada de acuerdo a esos parámetros¹⁵².

Estos mismos argumentos son aplicados respecto al derecho a recurrir a un fallo condenatorio penal:

“La Corte considera que los elementos aportados no son suficientes para concluir que la causal del artículo 374.e) del Código Procesal Penal no cumple con el estándar de recurso eficaz garantizado en el artículo 8.2.h de la Convención en lo que respecta a su amplitud para comprender la impugnación de cuestiones fácticas por medio de argumentaciones referidas al juicio probatorio realizado por el tribunal inferior. Tomando en cuenta que existen mutuas implicaciones entre las dimensiones fáctica, probatoria y jurídica de la sentencia penal (*supra* párr. 270.d), la Corte considera que, no siendo una conclusión derivable del texto de la causal referida, no ha sido probado que bajo la misma no sea posible impugnar cuestiones relativas a la base fáctica del fallo por medio del examen del juicio probatorio del mismo. Por lo tanto, la Corte concluye que en el presente caso el Estado no violó el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecido en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el derecho de recurrir del fallo consagrado en el artículo 8.2.h de la misma, en perjuicio de las ocho presuntas víctimas del presente caso.

“Debido a que concluyó que en el presente caso no fue acreditada una violación del artículo 2 de la Convención, sino que la violación al derecho a recurrir del fallo penal condenatorio derivó de la actuación de los tribunales judiciales en los casos concretos (*supra* párrs. 275-297), la Corte no estima necesario ordenar a Chile la adecuación de su ordenamiento jurídico interno en esta materia. No obstante, **la Corte recuerda la importancia de que las autoridades judiciales apliquen los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte respecto al contenido del derecho a recurrir del fallo penal condenatorio en ejercicio del control de convencionalidad** a fin de garantizar dicho derecho [...]”¹⁵³.

¹⁵² Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 364 y 464. El destacado es propio.

¹⁵³ *Ibídem*, párrs. 297 y 461. El destacado es propio. Sin embargo, respecto de las alegadas violaciones al derecho a defensa en relación con la existencia de “testigos protegidos”, la Corte

En ese sentido, cabe preguntarse cuáles son los criterios bajo los cuales la Corte IDH estima que es necesario modificar la legislación y no basta con el ejercicio del control de convencionalidad. Pese a que la jurisprudencia de la Corte IDH no permite un análisis concluyente (dada la existencia de jurisprudencia vacilante), *prima facie*, se puede sostener que la Corte IDH ordena adoptar disposiciones de derecho interno cuando la norma es abiertamente contraria a la CADH (como en el *caso Almonacid Arellano*¹⁵⁴ y *Boyce y otros*¹⁵⁵) y cuando existen vacíos (lagunas) de regulación que posibilitan una interpretación contraria a la CADH (como en el *caso Norín Catrimán*¹⁵⁶ y *Heliodoro Portugal*¹⁵⁷). Sin embargo, hay casos que siendo similares en cuanto a sus condiciones, la Corte IDH opta indistintamente por los dos caminos. Por ejemplo, en el *caso Mendoza*, ante la existencia de una regulación que permitía una aplicación restrictiva del derecho al recurso contra la sentencia penal condenatoria, la Corte IDH ordena modificar la legislación,

IDH si ordenó al Estado regular la medida procesal de protección de testigos, junto con recalcar la obligación de realizar un control de convencionalidad: “La Corte estima que, en el marco del ordenamiento jurídico chileno aplicado en este caso, **resulta adecuado ordenar a Chile que, para evitar violaciones como las declaradas en la presente Sentencia, regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos** relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la presente Sentencia (supra párrs. 242-247). Adicionalmente, el Tribunal recuerda que a fin de garantizar dicho derecho de la defensa a interrogar testigos, **las autoridades judiciales deben aplicar esos criterios o estándares establecidos por la Corte [...] en ejercicio del control de convencionalidad**”. *Ibidem*, párr. 436, el destacado es propio.

¹⁵⁴ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, op. cit., párr. 145.

¹⁵⁵ Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados, op.cit., párr. 72.

¹⁵⁶ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile, op.cit., párr. 436.

¹⁵⁷ Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, op.cit., párrs. 180, 181 y 182.

sin perjuicio de que destaca la existencia de fallos –que en ejercicio del control de convencionalidad- han permitido una interpretación conforme de la legislación procesal penal¹⁵⁸. Por su parte, en el caso *Norín Catrimán* la Corte IDH opta por preferir únicamente la aplicación del control de convencionalidad, aún ante la ausencia de evidencia de fallos que den cuenta de que la magistratura chilena ha optado por una interpretación conforme. Hay quienes han visto en esta última sentencia una inclinación de la Corte IDH a preferir el “diálogo” con los jueces/zas, antes que el diálogo con el Poder Legislativo¹⁵⁹. Sin embargo, creo que ante la existencia de jurisprudencia vacilante, no es posible realizar conclusiones determinantes respecto a si la Corte IDH ha optado o no por preferir el diálogo únicamente con los jueces/zas. Lo que sí es claro, es que la Corte IDH opta por disponer la adopción de disposiciones de derecho interno ante normas abiertamente contrarias a la CADH y ante la existencia de lagunas que favorezcan una interpretación anticonvencional. Esta indefinición de los criterios de la Corte IDH requiere ser precisada en un futuro en su jurisprudencia.

Es positivo que la Corte IDH valore la realización del control de convencionalidad y que estime “suficiente” su ejercicio para salvar la responsabilidad internacional del Estado, ya que esto es coherente con lo que ha indicado respecto al artículo 2 de la CADH en cuanto a que si bien la

¹⁵⁸ Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, op.cit., párr. 332.

¹⁵⁹ COX, F. 2014. Caso Lonkos: La revolución que no fue. Diario El Mercurio, Santiago, Chile, 31 de julio.

descrita obligación legislativa tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial (de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular), cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la CADH, el Poder Judicial permanece siempre vinculado al deber de garantía que lo obliga a velar por el efecto útil del tratado internacional.

Sin embargo, como destaca NASH analizando las reparaciones en el caso *Radilla Pacheco*, la supervivencia de normas anti convencionales en el ordenamiento jurídico entraña un peligro, ya que al persistir la norma “vigente” en el ordenamiento jurídico, se mantiene el riesgo de su aplicación -en un sentido diverso a la CADH-, por parte del juzgador¹⁶⁰. Por otra parte, una tendencia excesivamente inclinada hacia el Poder Judicial como catalizador de la responsabilidad internacional del Estado puede comportar una sobrecarga del aparato judicial. La transferencia de la resolución de demasiados problemas a los/as jueces/zas, como indica UPRIMNY, “puede terminar por afectar la propia legitimidad de la administración de justicia, que no tiene en el largo plazo la capacidad de enfrentar tales retos. Y eso deriva no sólo de la cantidad de problemas que empieza a resolver el sistema judicial, sino también al tipo de

¹⁶⁰ NASH, C. 2012. Reparaciones en el caso Radilla Pacheco vs. México. En: GUTIÉRREZ, C. y CANTÚ, S (Coord.). El caso Rosendo Radilla Pacheco: impacto e implicaciones en el nuevo modelo constitucional en derechos humanos. México D.F, Editorial Ubijus y CMDPDH, p.128.

asuntos, por cuanto frente a determinados conflictos, la arena judicial puede no ser la más apropiada. Los riesgos de error judicial son grandes”¹⁶¹.

En ese sentido, los criterios que debieran definir el límite entre la obligación del legislador de adoptar disposiciones de derecho interno o suprimir legislación anti convencional, y el deber de ejercer control de convencionalidad mediante interpretación conforme, deben ser aquellos que permitan un adecuado equilibrio entre las obligaciones que los diferentes poderes del Estado están llamados a cumplir y que permita dar efectividad a los derechos. En ese escenario, debe preferirse la adecuación legislativa (o la expulsión de la norma), en aquellos casos en que: 1) no sea posible una interpretación conforme (la norma es abiertamente contraria a la CADH); 2) existe una laguna que favorece o posibilita interpretaciones contrarias a la CADH (no hay norma) y; 3) la supervivencia de la norma entraña un peligro de ser aplicada en contra de la persona, esto, ante la evidencia de que exista una tendencia uniforme de aplicar la norma de manera contraria a la CADH¹⁶².

Este último punto merece ser profundizado. Si bien no es un criterio desarrollado de manera consistente por la Corte IDH (pues, como vimos, ha sido ambigua en este punto), creo que es la interpretación que permite dar efecto útil a los derechos en el ámbito interno. Si existe una tendencia constante de aplicar una norma de una determinada forma y ésta es contraria a las

¹⁶¹ UPRIMNY, R. 2007. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. Revista Sur, 6 (4): 53-69.

¹⁶² Sobre este riesgo advierte NASH, C. 2012, op.cit, p. 128.

obligaciones internacionales del Estado, es preferible su expulsión o adecuación en el sistema jurídico para asegurar que las personas puedan gozar y ejercer sus derechos en forma efectiva. Por otra parte, si la norma entraña un peligro de ser aplicada en contra de la CADH, también debería preferirse su expulsión del sistema. Este fue el criterio seguido por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano*, donde identificó que pese a que había casos en que no se había aplicado el D.L de amnistía, era necesaria la supresión de la norma:

“El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente”¹⁶³.

Si bien teóricamente en algunos casos el juez nacional o la Corte IDH pueden estimar que se puede realizar una interpretación conforme, junto con realizarla u ordenar su realización (en el caso de la Corte IDH), si hay evidencias de una práctica sistemática de interpretación anti convencional, se debe dar paso a medidas que aseguren que en otros casos estas interpretaciones no se vuelvan a repetir. El/la juez/a nacional, en estos casos, podrá plantear una duda de convencionalidad (si es que su sistema constitucional se lo permite y no está

¹⁶³ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, op.cit., párr. 121.

habilitado para expulsar normas)¹⁶⁴, y la Corte IDH debe ordenar al Estado a modificar su legislación o tomar otro tipo de medidas.

Si de lo que se trata es de asegurar el efecto útil de las normas de derechos humanos, deben preferirse aquellas medidas que serán más efectivas, lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido¹⁶⁵. Como ha indicado la Corte IDH:

“Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales [...] Las disposiciones contenidas en los mencionados artículos deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos y **su implementación colectiva**”¹⁶⁶.

Pienso, por ejemplo, en aquellos países donde se evidencian situaciones de discriminación estructural¹⁶⁷, donde se requieren de medidas fuertes para contrarrestar una aplicación discriminatoria de la ley y no resulta suficiente la

¹⁶⁴ Si no existe esta posibilidad, el juez/a solo queda con la posibilidad de la interpretación conforme.

¹⁶⁵ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 142.

¹⁶⁶ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 66. El destacado es propio.

¹⁶⁷ Este concepto hace alusión a la existencia de un conjunto de condiciones culturales, sociales y legales que permiten o facilitan la discriminación respecto de ciertos grupos de la sociedad. Sobre este concepto véase: SABA, R. 2005. (Des) igualdad estructural. Revista de Derecho y Humanidades, (11): 123-147.

“voluntad” de algunos jueces/zas de realizar una interpretación conforme. Estos casos evidencian la necesidad de ir un paso más allá.

7. Algunas precisiones conceptuales: bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad y control de convencionalidad

Los conceptos de bloque de constitucionalidad, control de constitucionalidad y control de convencionalidad están íntimamente ligados, pero operan en diferentes niveles. Por ello, es necesario clarificar estos conceptos, pues las relaciones que se dan entre éstos están determinadas por los modelos constitucionales de los Estados y en algunas ocasiones estas nociones pueden confundirse.

7.1 Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad

La noción de bloque de constitucionalidad, como indica UPRIMNNY, hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional, es decir “que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita”¹⁶⁸. En este sentido, como las Constituciones no son textos cerrados y hacen remisiones a otras reglas o principios que adquieren valor en la práctica constitucional (como aquellos países donde los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional o existen cláusulas de derechos innominados), es

¹⁶⁸ UPRIMNNY, R. 2006. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal. Bogotá, Escuela Judicial, p.25.

posible sostener que en muchos ordenamientos jurídicos existen derechos o principios que no se encuentran directamente consagrados en el texto constitucional, pero que sí forman parte de éste¹⁶⁹. Así, el bloque de constitucionalidad -a grandes rasgos- estaría constituido por: a) los derechos que la carta fundamental explicita sin taxatividad; b) los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*; c) los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario; d) los que asegura el derecho internacional consuetudinario¹⁷⁰. En este sentido, este concepto tiene una relación estrecha con el control de convencionalidad. El bloque de constitucionalidad permite hacer operativa la incorporación de normas de derecho internacional en el ámbito interno (ya sea otorgándoles rango constitucional o utilizándolas como elemento hermenéutico), mientras que el control de convencionalidad es la utilización de estas normas como parámetro en los casos concretos¹⁷¹. En este sentido, en aquellos países donde los derechos humanos consagrados en tratados internacionales tienen rango constitucional, la vinculación es clara: los derechos humanos consagrados en tratados internacionales pasan a ser

¹⁶⁹ Ídem.

¹⁷⁰ NOGUEIRA, H. 2006. Lineamientos de interpretación constitucional y bloque constitucional de derechos. Santiago, Editorial Librotecnia. Citado en: NOGUEIRA, H. 2007. El bloque constitucional de derechos: la confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina. En: PONENCIA en 37º Jornadas de Derecho Público: 8 y 9 de noviembre de 2007. Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso. [en línea] <<http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf>> [consulta: 14 de abril de 2014].

¹⁷¹ NASH, C., NOGUEIRA, A. y NÚÑEZ, C. (et.al). 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, p.53.

parámetro de constitucionalidad y de convencionalidad, por lo que la magistratura nacional al realizar control de constitucionalidad también realiza control de convencionalidad. Sin embargo, en aquellos países donde los derechos humanos consagrados en tratados internacionales no poseen este rango, las normas internacionales se incorporan al bloque de constitucionalidad como herramienta de interpretación de los derechos fundamentales. Ello no imposibilita el ejercicio de control de convencionalidad, pues como decíamos más arriba, con independencia del rango que se otorgue a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, el Estado queda vinculado - en todo caso- a cumplir con sus obligaciones internacionales, lo que supone la realización del ejercicio de convencionalidad. Al ser utilizado el bloque de constitucionalidad como herramienta hermenéutica, también se favorece la realización del control de convencionalidad, pues las normas nacionales son dotadas de contenido e interpretadas a la luz de los parámetros internacionales, por lo que la decisión que adopte el juzgador también tendrá un resultado conforme a las obligaciones internacionales. La diferencia de ambas situaciones es formal, pero no debería tener resultados sustantivos.

7.2 Control de constitucionalidad y control de convencionalidad

El control de constitucionalidad, a diferencia del control de convencionalidad, tiene como parámetro el texto de la Carta Fundamental, sin perjuicio de que ciertas constituciones contemplan -como veíamos a propósito de la noción de

bloque de constitucionalidad- como parte de la Constitución, los derechos humanos consagrados en tratados internacionales¹⁷².

En aquellos casos donde los derechos humanos consagrados en tratados internacionales tienen rango constitucional, el control de convencionalidad pasa a ser parte del control de constitucionalidad. En efecto, el ejercicio comparativo permite concluir que en determinados ordenamientos la figura del control de convencionalidad tiene un vínculo directo e incluso se identifica con el concepto de control de constitucionalidad en relación al objeto controlado y los efectos de las sentencias¹⁷³. Así, los/as jueces/zas constitucionales y aquellos/as habilitados/as para realizar el control difuso de constitucionalidad, no solo deben determinar si la norma es constitucional, sino también si es “convencional”, como indicó la Corte IDH en el caso *Boyce vs. Barbados*.

Por otra parte, en aquellos países donde los derechos humanos consagrados en tratados internacionales no tienen rango constitucional, puede ocurrir que la norma interna sea conforme a la Constitución, pero contraria a la CADH y el ejercicio de control de constitucionalidad sea positivo a la mantención de la norma, mientras que el ejercicio de convencionalidad sea negativo.

¹⁷² NOGUEIRA, H. 2012, op.cit., p.377.

¹⁷³ Natalia Torres describe esta hipótesis respecto al caso peruano en: TORRES, N. 2012. El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias). Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Sin embargo, hay autores como Sagüés, que indican que el control de convencionalidad es siempre diferente al control de constitucionalidad, pues el control de convencionalidad implica realizar un análisis de supraconstitucionalidad, donde la CADH está siempre por sobre la Constitución. Véase: SAGÜÉS, N. 2011, op.cit., p.124.

Los numerosos diseños constitucionales de control jurisdiccional determinarán la relación entre los tres conceptos. Sin embargo, lo que debe estar claro ya finalizando este capítulo introductorio, es que con independencia del modelo de control jurisdiccional de que se trate, todos/as los/as jueces/zas están obligados/as a realizar el control de convencionalidad de conformidad a las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado.

8. Conclusiones a este capítulo

En este capítulo hemos visto cómo se ha ido configurando el concepto de control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH y se han realizado precisiones conceptuales respecto a su fundamento, alcance y efectos a la luz de la jurisprudencia y la doctrina. Así, constaté que en su actual configuración jurisprudencial, el control de convencionalidad realizado en el ámbito interno, es el ejercicio que debe realizar de oficio toda autoridad pública en el marco de sus competencias y que consiste en verificar la compatibilidad de los actos o normas estatales con los tratados que ha ratificado el Estado y la jurisprudencia de la Corte IDH.

El control de convencionalidad encuentra su legitimidad normativa en la CADH (artículos 1.1, 2 y 29) y en normas de derecho internacional público (principio de *pacta sunt servanda* y buena fe en el cumplimiento de los tratados). Dependiendo de las facultades de cada autoridad pública, el control de convencionalidad puede tener diversos efectos. Así, puede resultar en la

expulsión de la norma del ordenamiento jurídico con efecto *erga omnes*, con efecto *inter partes*, o bien en la mantención de la norma a través de una interpretación de la misma que sea conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos que haya ratificado el Estado y la jurisprudencia de la Corte IDH. Lo que es claro del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, es que toda autoridad pública está obligada a realizar el control de convencionalidad y que -en todo caso- esto se reduce a un ejercicio hermenéutico que permita garantizar y dar efectividad a los derechos en el ámbito interno.

Sin embargo, pese a la claridad que existe en cuanto al concepto, base normativa y obligaciones del Estado, el gran desafío del control de convencionalidad está en superar los obstáculos que representa su implementación en el ámbito interno. Es por ello, que los problemas que representa su implementación, si bien trataron de ser abordados – en abstracto- en este capítulo, deben ser analizados a la luz de los casos concretos que se presentan en los diversos modelos constitucionales. A continuación, los capítulos II y III de este estudio, ilustrarán -a través de casos prácticos- cómo se hace efectivo el control de convencionalidad en el ámbito interno en Chile y las dificultades que manifiesta el ejercicio de convencionalidad. En ese análisis será relevante tener claros los conceptos que fueron expuestos en este capítulo, para arribar a soluciones que permitan dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado.

Capítulo II: Bases normativas y aplicación jurisprudencial del control de convencionalidad en Chile

1. Introducción

En el capítulo I de este estudio, examiné el concepto, fundamento y evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH. Pese a tratarse en sus inicios de una construcción jurisprudencial de la Corte IDH, la doctrina especializada y los tribunales nacionales han ido precisando y ampliando su operatividad en el ámbito interno. Así vemos, por ejemplo, que la doctrina ha ido analizando la manera en que se puede hacer operativa esta obligación en el derecho interno a través del análisis normativo y jurisprudencial de sus respectivos países¹⁷⁴ y que las Cortes nacionales han ido incorporando progresivamente los estándares desarrollados en el SIDH como baremo de control, refiriéndose expresamente al deber de realizar control de convencionalidad¹⁷⁵. La influencia de esta figura en las jurisdicciones nacionales, ha llevado a algunos autores a sostener que es uno de los aportes más relevantes del SIDH para la reconfiguración de nuevos diseños de control y protección de los derechos fundamentales¹⁷⁶. En México, por ejemplo, el control de convencionalidad ha pasado a rediseñar el modelo de control jurisdiccional a

¹⁷⁴ QUINCHE, M. 2009, op.cit.; BAZÁN, V. 2011, op.cit., pp. 17-55; MEJÍA, J. 2013. Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 19: 467-488; FIGUEIREDO, R. 2013. O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 19: 395-416; TORRES, N. 2012, op.cit., y; ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS DE CIRCUITO Y JUECES DE DISTRITO. 2014. El control de convencionalidad y las cortes nacionales: la perspectiva de los jueces mexicanos. México D.F, Editorial Porrúa.

¹⁷⁵ Véase: ACNUDH y SCJN. 2012. Tendencias de los Tribunales Constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad. México D.F.

¹⁷⁶ FERRER MAC-GREGOR. 2012, op.cit., p. 183.

partir de la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana (SCJN) hizo de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco*¹⁷⁷.

En ese sentido, el objeto del presente capítulo es analizar la forma en que se ha realizado este control por parte de los tribunales superiores de justicia en Chile. Para lograr este objetivo, en primer lugar, me referiré a las bases normativas para el ejercicio del control de convencionalidad en nuestro país, con el objeto de demostrar que existen fundamentos jurídicos sólidos para sostener la obligatoriedad de su realización por parte de la judicatura nacional. En segundo lugar, describiré la forma en que los tribunales superiores de justicia han aplicado el control de convencionalidad. Para ello, he seleccionado como parámetro de análisis la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones. Este análisis me permitirá categorizar los mecanismos a través de los cuales el control de convencionalidad opera en el razonamiento de los tribunales nacionales e identificar los principales obstáculos y desafíos que tiene el ejercicio del control de convencionalidad para gozar de plena operatividad en nuestro país.

2. Bases normativas para la aplicación del control de convencionalidad en Chile

En este apartado, me referiré a los fundamentos normativos que existen para sostener la plena operatividad del control de convencionalidad en Chile. A los

¹⁷⁷ Véase: SCJN. Expediente Varios 912/2010, julio de 2011.

argumentos entregados respecto a la normativa nacional, debemos añadir las reflexiones realizadas en el primer capítulo, referidos al fundamento del control de convencionalidad en el derecho internacional. Los argumentos que se expondrán permitirán reforzar la idea de la obligatoriedad del ejercicio de control de convencionalidad en el sistema jurídico nacional. No es baladí insistir en este punto, pues hay voces que sostienen que el control de convencionalidad carece de soporte real en nuestro sistema jurídico¹⁷⁸.

Como decía en el primer capítulo, el control de convencionalidad no impone un determinado modelo jurídico para que éste sea operativo¹⁷⁹. Habrá que mirar entonces, cada diseño constitucional para determinar la forma en que el control de convencionalidad se implementa en cada Estado. Los Estados, mediante decisiones jurídico-políticas, crean sistemas de recepción del DIDH en el derecho interno y otorgan determinadas competencias a sus juzgadores/as de acuerdo a ese diseño constitucional¹⁸⁰. Es relevante mirar el diseño de recepción del DIDH en el derecho interno, pues este sistema es el que determinará a través de qué mecanismos y con qué rango (posición dentro del sistema jurídico normativo) el DIDH pasará a formar parte del sistema jurídico nacional y, por tanto, su aplicación se transforma en obligatoria¹⁸¹. Para

¹⁷⁸ ZÚÑIGA, F. 2012. Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica. En: NOGUEIRA, H. op.cit., p.433.

¹⁷⁹ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, op.cit., párr. 124.

¹⁸⁰ DULITZKY, A. 1996. Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano. En: BUERGENTHAL, T. y CANÇADO, A. op.cit.

¹⁸¹ NASH, C. 2006. La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena. En: LEÓN, A., et.al. La aplicación judicial de los

examinar entonces de qué forma el control de convencionalidad tiene operatividad en Chile, analizaré el modelo de recepción del DIDH y las atribuciones competenciales de la jurisdicción para aplicar esta normativa.

2.1 Modelo de recepción del DIDH en Chile

En Chile, el modelo de recepción del DIDH lo encontramos en la Constitución Política de la República. Hasta antes del año 2005, existían dudas respecto a la forma en que los tratados internacionales adquirirían validez en el ordenamiento jurídico, pues el artículo 50.1 de la Constitución de 1980 indicaba que los tratados internacionales debían someterse a los trámites de una ley, sin embargo, no especificaba de qué forma esto se hacía operativo. En ese sentido, fue la jurisprudencia -específicamente el Tribunal Constitucional- quien despejó las dudas respecto al procedimiento de incorporación. En efecto, en el año 2000, a propósito de un requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio 169 de la OIT¹⁸², determinó que “someter la aprobación del tratado a la tramitación de una ley significa, de acuerdo a una interpretación lógica, que en dicha aprobación deberán observarse, en cuanto sean compatibles como ya se dijo, no sólo los diversos pasos o etapas que se observan en la formulación de la ley, sino también, necesariamente, los quórum requeridos para aprobar una ley”¹⁸³. Esta afirmación lo llevó a concluir que “si un tratado internacional

tratados internacionales. Serie Democracia y Judicatura. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

¹⁸² Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 de agosto de 2000, rol 309-2000.

¹⁸³ *Ibidem*, considerando 13.

contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el quórum establecido por la Constitución para esa clase de leyes”¹⁸⁴ y, por tanto, “las disposiciones del tratado –en el caso que este contemple normas de distinta naturaleza- se aprobarán o rechazarán aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas; pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado [...] cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella”¹⁸⁵. Esta interpretación otorgada por el Tribunal Constitucional, fue criticada por ciertos sectores de la doctrina nacional y también por el gobierno de la época, quienes estimaban que esta interpretación no consideraba la naturaleza particular de los tratados internacionales, que es distinta a la de una ley¹⁸⁶.

Estos problemas intentaron ser solucionados con la reforma constitucional del año 2005 en materia de aprobación de tratados internacionales¹⁸⁷. Esta reforma incorporó el artículo 54, que regula numerosas materias, tales como la formulación de reservas o declaraciones interpretativas, la facultad para

¹⁸⁴ *Ibíd*em, considerando 17.

¹⁸⁵ *Ibíd*em, considerando 25.

¹⁸⁶ “El tratado es un acuerdo entre Estados o entre Estados y organismos internacionales y su contenido es definido por el Pacto respectivo. Por lo mismo, es un todo armónico y sistemático, sus disposiciones conforman una regulación completa, autosustentable y dicha integridad determina que una votación de un acuerdo que aprueba un tratado no pueda dividirse, votándose por parcialidades con quóruns distintos, no correspondiendo votarlo con el quórum más alto, porque ello vulnera la excepcionalidad de la ley orgánica constitucional”. (Argumentos presentados por el ejecutivo en causa sobre inconstitucionalidad del Convenio 169 de la OIT). Véase también: GARCÍA, A. 2006. *Tratados internacionales según la reforma de 2005*. *Revista de Derecho Público*, (68):72-82 y, NASH. C. 2006, *op.cit*.

¹⁸⁷ GARCÍA, A. 2007. *Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo*. *Revista de Derecho Público*, (69):503-510.

denunciar un tratado o retirarse de él, establece los quórum de aprobación, su derogación, modificación o suspensión, entre otras. A continuación me referiré a los aspectos más relevantes de la incorporación de los tratados internacionales, desde la perspectiva del control de convencionalidad¹⁸⁸.

El artículo 54 N°1 inciso1 dispone que la aprobación del tratado internacional se someterá “en lo pertinente” a los trámites de una ley. Con ello se refuerza que los tratados no se someten a los mismos trámites de una ley, sino que se someten a dichos trámites, en cuanto éstos sean compatibles con la naturaleza propia de los tratados internacionales¹⁸⁹. Esta diferenciación se manifiesta, entre otras cosas, en que no cabe la formación de comisiones mixtas, ni indicaciones por parte de las Cámaras (las que solo deben aprobar o desechar el tratado)¹⁹⁰, veto, ni votación separada por artículos¹⁹¹.

¹⁸⁸ Para un estudio más amplio de todo el proceso de incorporación del DIDH a partir de la reforma del año 2005, véase: RIBERA, T. 2007. La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno. *Revista de Derecho Público*, (69):511-528 y ARÉVALO, Á y TRONCOSO, C. 2010. El régimen de aprobación de los Tratados Internacionales luego de la Reforma Constitucional de 2005. *Estudios 2010*. Sociedad Chilena de Derecho Internacional, pp. 15-22.

¹⁸⁹ TRONCOSO, C. 2011. *Parlamento y Política Exterior en Chile: un balance de 20 años (1990-2010)*. Serie de Estudios N° 6 Konrad Adenauer Stiftung, Santiago, p. 14; quien se refiere a la intervención de la ex Ministra de Relaciones Exteriores, Soledad Alvear, en la tramitación de la reforma constitucional: “En este sentido, sugirió incorporar una disposición que clarificara que la aprobación de los tratados requerirá, en cada Cámara, de los quórum correspondientes establecidos en el artículo 63, sometiéndose en lo demás a los trámites de la ley que sean compatibles con la especial naturaleza de los tratados internacionales y con la atribución exclusiva que la Carta Fundamental otorga al Congreso Nacional en orden a aprobarlos o rechazarlos”. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 198.

¹⁹⁰ GARCÍA, A. 2007, op.cit., p. 506.

¹⁹¹ TRONCOSO, C. 2011, op.cit., p. 14.

Esta especial naturaleza de los tratados internacionales, se manifestó también en que se incorporó en el inciso 5 una disposición muy relevante en materia de derogación de tratados internacionales: “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Esta solución permite evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por un acto posterior a la aprobación del tratado, siendo consistente con el artículo 27 de la CVDT¹⁹².

Por otra parte, la reforma también sometió a control preventivo obligatorio de constitucionalidad a los tratados internacionales que trataran materias de ley orgánica constitucional (artículo 93) y a control facultativo a tratados que trataran otras materias. Este mecanismo permite dar coherencia al sistema jurídico nacional, si se detecta la posibilidad de un conflicto se abren dos caminos: o no se ratifica el tratado o se debe modificar el texto constitucional¹⁹³.

En la práctica, para que un tratado internacional adquiera validez en nuestro ordenamiento jurídico interno deberá ser aprobado en cada cámara según los quórum que corresponda. El artículo 59 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, especifica este mandato indicando que “las Cámaras se pronunciarán sobre la aprobación o rechazo del tratado, en votación única y con

¹⁹² GARCÍA, A. 2007, op.cit. p. 507.

¹⁹³ SALINAS, H. 2007. Los tratados internacionales ante la reforma constitucional. Revista de Derecho Público, (69):491-496, NASH, C., NOGUEIRA, A. y NÚÑEZ, C. (et.al.) 2012, op.cit., p. 42.

el quórum más elevado que corresponda a las materias reguladas por sus normas, dejando constancia de cuáles son las que se han requerido quórum calificado u orgánico constitucional”. Una vez que el tratado se encuentra aprobado por el Congreso Nacional y es ratificado por la Presidencia, genera inmediatamente las obligaciones pertinentes para el Estado si el tratado está vigente en el derecho internacional¹⁹⁴. En este punto es relevante aclarar que en virtud del inciso décimo del artículo 54, no es un requisito constitucional la publicación del tratado en el Diario Oficial, debiendo el legislador regular la materia, otorgando debida publicidad a la ciudadanía respecto a la vigencia del tratado¹⁹⁵.

Una vez que entra a regir el tratado internacional, nace para el Estado la obligación de cumplir con las disposiciones que ha ratificado. Como expliqué en el capítulo I, en virtud los artículos 26 y 27 de la CVDT (*pacta sunt servanda* y buena fe), los Estados deben cumplir sus obligaciones de buena fe y no pueden oponer obstáculos al derecho interno al cumplimiento de las obligaciones voluntariamente adquiridas. En el caso de los tratados sobre derechos humanos, los Estados adquieren la obligación de garantizar, respetar y no discriminar en el goce y ejercicio de los derechos consagrados en dichos tratados¹⁹⁶. Si el Estado incumple (a través de una acción u omisión) que le sea

¹⁹⁴ NOGUEIRA, H. 2007. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Revista de Estudios Constitucionales*, 5 (1): 59-88.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 66.

¹⁹⁶ Véase, por ejemplo, artículo 1 de la CADH. Un desarrollo sobre el contenido de estas obligaciones en: FERRER MAC GREGOR, E. y PELAYO, C. 2012. La obligación de “respetar” y

imputable, se genera la responsabilidad internacional de éste, debiendo cumplir con la obligación infringida y reparar las consecuencias de la infracción¹⁹⁷.

Esto es relevante para dar un primer paso que permita sostener la obligatoriedad de la realización del control de convencionalidad en el derecho interno: la recepción de los tratados internacionales en el derecho interno genera que las normas de derecho interno sean normas válidas en el ordenamiento jurídico nacional y al ser ratificadas a nivel internacional, crean obligaciones internacionales. Por tanto, su cumplimiento se torna en obligatorio para la autoridad pública. Por otra parte, en conformidad a las propias normas de la Constitución (artículo 54 inciso 5) y a las normas internacionales (artículo 27), la norma de recepción solo precisa la forma en que los tratados de derecho internacional pasar a formar parte del sistema jurídico nacional, pero no puede el derecho interno dejarlas sin efecto, modificarlas, suprimirlas, sino es conforme al proceso establecido en el derecho internacional¹⁹⁸. En este sentido, estas normas permiten asegurar el efecto útil de las normas internacionales en el derecho interno y habilitan el ejercicio de control convencionalidad, en tanto

“garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Constitucionales*, 2 (10): 141-192.

¹⁹⁷ En el sistema interamericano, los elementos para que se configure la responsabilidad internacional han sido desarrollados con claridad desde el Caso la Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 72. Un análisis completo de los elementos que configuran la responsabilidad internacional del Estado, en: AGUIAR, A. 1993. *La Responsabilidad del Estado por violación de Derechos Humanos (apreciaciones sobre el acto de San José)*. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 17: 9-46 y NASH, C. 2014. *Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo: Responsabilidad Internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chileno*, Tomo XVII. Santiago, Thomson Reuters y Legal Publishing.

¹⁹⁸ NOGUEIRA, H. 2007, *op.cit.*, p.61.

éste se constituye en una forma de garantizar la efectiva vigencia de las normas internacionales en el derecho interno.

2.1.1 Problemas del modelo de recepción: la discusión acerca de la jerarquía

Decíamos que la normativa de recepción del DIDH en el derecho interno, se refiere a la forma en que los tratados internacionales adquieren vigencia en el ordenamiento jurídico, pero también determinan la jerarquía con que lo hacen. Pese a que es claro el proceso mediante el cual los tratados internacionales adquieren validez en nuestro derecho en virtud de la Constitución Política y las consecuencias que ello tiene para el Estado; la jerarquía con que lo hacen ha suscitado sendos debates académicos y jurisprudenciales, al menos en lo relativo a tratados que contienen normas de derechos humanos¹⁹⁹.

El artículo 5 de la Constitución Política de la República de 1980, indicaba que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. El año 1989 se agregó un segundo inciso que establece que “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 partir de esta reforma, se generaron controversias respecto a si este inciso modificaba el rango de los derechos humanos contenidos en tratados

¹⁹⁹ Es pacífico en doctrina que los tratados internacionales -en general- poseen rango supra legal. Véase, BENADAVA, S. 1992. Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos. En: LEÓN, A. Nuevos desafíos del derecho internacional. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

internacionales y los elevaba a rango constitucional, y ha sido la jurisprudencia la encargada de dirimir esta discusión. A continuación, expondré de manera breve los argumentos que se han dado en la doctrina y jurisprudencia respecto a la jerarquía de los derechos humanos consagrados tratados internacionales. Esta discusión es relevante para determinar algunos de los efectos del control de convencionalidad en nuestro país, como veré más adelante en la jurisprudencia analizada, pero no para desestimar la obligatoriedad del ejercicio del control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales²⁰⁰. Con independencia del rango asignado a los derechos humanos consagrados en el tratado, es norma obligatoria para el Estado, quien debe cumplir con su mandato sin posibilidad de alegar que la normativa interna se lo impide.

a. Tesis de la jerarquía supra legal

Esta tesis sostiene que si bien los tratados sobre derechos humanos están subordinados a la Constitución, están por encima de las leyes y otras normas jurídicas de derecho interno y ha sido adoptada principalmente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁰¹. En su jurisprudencia constante²⁰²,

²⁰⁰ Es relevante reafirmar esto, pues una de las dificultades que se ha evidenciado en el escaso ejercicio de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales, es precisamente estimar que la falta de claridad de la norma constitucional impide su ejercicio, véase: GALDAMEZ, L. 2014. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos años 2006-2011. En: NOGUEIRA, H. op.cit., p. 297.

²⁰¹ En doctrina, esta tesis es sostenida, entre otros, por: BASCUÑÁN, A. 2003. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 124. BERTELSEN, R. 1996. Rango jurídico de los tratados en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 23 (2-3): 211-222.

ha indicado que “la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la ley fundamental”²⁰³. Para ello, se ha basado -entre otras cuestiones- en la obligatoriedad del control preventivo de control de constitucionalidad de los tratados. En efecto, el Tribunal Constitucional se cuestiona ¿qué sentido tendrían estos controles si las normas del tratado sobre derechos humanos tuvieran el mismo rango jerárquico que la Constitución?²⁰⁴. Además, indica que sostener que los derechos humanos consagrados en tratados internacionales gozan de rango constitucional, implicaría reformar la Constitución a través de un procedimiento menos complejo que el que aquella prevé para su reforma²⁰⁵.

Esta doctrina ha sido resumida recientemente por el Tribunal Constitucional en las sentencias acumuladas 2387/2012 y 2388/2012:

“Que la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5, inciso segundo, 32, N°17, y 54, N°1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

²⁰² Tribunal Constitucional. Sentencia de 8 de abril de 2002, rol 346-2002; sentencia de 25 de agosto de 2009, rol 1288-2009 y sentencia de 23 de enero de 2013, roles acumulados 2387-2012 y 2388-2012.

²⁰³ Tribunal Constitucional. Sentencia de 8 de abril de 2002, rol 346-2002, considerando 62.

²⁰⁴ *Ibidem*, considerando 69.

²⁰⁵ “Que, igualmente quedaría sin sentido, parcialmente, el capítulo XIV de la Ley Fundamental sobre Reforma de la Constitución, si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto. Llegaríamos al absurdo que mediante el quórum simple podría modificarse la Carta Política que exige el quórum de tres quintos o de dos tercios de los miembros en ejercicio de cada Cámara, según sea la materia que se reforma”. *Ibidem*, considerando 70.

Con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, N°1, de la Carta Fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma [...]

Lo que hace, entonces, esa norma constitucional es reforzar, mediante un enunciado específico, esa obligación en materia de derechos humanos, pero no tiene la virtud de elevar –ni podría hacerlo, ya que no fueron aprobados en el ejercicio del Poder Constituyente- tales tratados a rango constitucional²⁰⁶.

b. Tesis de la jerarquía constitucional

Por otra parte, hay quienes sostienen que la reforma tuvo por objeto elevar el rango de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales²⁰⁷, situándolos en el mismo nivel que la Constitución. Esta postura ha sido adoptada por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema²⁰⁸. Para sostener esta tesis, se ha señalado que si antes de la reforma ya existían normas que protegían el respeto a estos derechos, la reforma no tendría otro objetivo más que fortalecer esta protección²⁰⁹. En este sentido, si previo a la reforma los

²⁰⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia de 23 de enero de 2013, roles 2387-2012 y 2388-2012 acumulados, considerando 12.

²⁰⁷ NOGUEIRA, H. 2005. La Reforma Constitucional de 2005 a los artículos 50 N°1 y 82 de la Constitución en materia de Tratados Internacionales. En: La Constitución reformada de 2005. Santiago, Editorial Librotecnia; NASH, C., NOGUEIRA, A. y NÚÑEZ, C. (et.al). 2012, op.cit.; MEDINA, C. 1996. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Sistema Jurídico y Derechos Humanos, cuaderno de análisis jurídico N°6. Santiago, Universidad Diego Portales; CUMPLIDO, F. 1996. Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales. Revista Chilena de Derecho, 23 (2-3): 255-258.

²⁰⁸ Un estudio completo sobre este tema en: HENRÍQUEZ, M. 2008. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. Revista de Estudios Constitucionales, 6 (2):73-119.

²⁰⁹ Véase, NASH, C. 2006, op.cit. y CUMPLIDO, F. 1996, op.cit. Para llegar a esta conclusión, se han basado en un informe elaborado por la Comisión Técnica formada por abogados/as, especialistas en Derecho Constitucional y cientistas políticos designados/as por Renovación

tratados internacionales tenían rango suprallegal, ésta no podía sino tener por objeto mejorar su posición. Asimismo, se ha aludido al contexto en que se genera la reforma constitucional –fin de la dictadura- por lo que existía una especial preocupación en los sectores políticos por incorporar una cláusula que fortaleciera la protección e impusiera límites al actuar del Estado²¹⁰. Todos estos argumentos han venido a ser reforzados por la enmienda al artículo 50 de la CPR y que incorporó el artículo 54.1, en el sentido de que se aclara que la ley y los tratados son fuentes de derecho diversas, ya que se señala que el tratado –para su aprobación- se someterá “en lo pertinente” a los trámites de una ley (diferenciándolo de esta forma de las leyes).

Desde la perspectiva del texto, si leemos atentamente el artículo 5, se desprende que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana son un límite a la soberanía y son asimilados por nuestra Constitución a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, al indicar que es deber del Estado respetar y promover “*tales derechos*” garantizados en la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Este argumento de texto me permite indicar que los derechos humanos son un límite constitucional a la soberanía estatal, con independencia de su fuente normativa (constitucional o internacional).

Nacional y la Concertación de Partidos por la Democracia de 5 de abril de 1989, quienes sostuvieron que “la reforma propuesta persigue robustecer las garantías constitucionales y la vigencia de los derechos humanos”. Citado en: ANDRADE, C. 1991. Reforma de la Constitución Política de la República de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 276-290.

²¹⁰ NASH, C. 2006, op. cit., p.187.

Esta interpretación ha sido recogida por la Corte Suprema, en los siguientes términos:

“Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía aparece limitado por los derechos esenciales de la persona humana siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos, aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. **Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.** En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales [...]”²¹¹.

Respecto a los argumentos sostenidos por la posición contraria, se han refutado en el sentido de que es lógica la existencia de un control preventivo de constitucionalidad, pues lo que se busca es que exista coherencia en el sistema normativo, impedir que se filtren en el ordenamiento nacional tratados que

²¹¹ Corte Suprema. Sentencia de 10 de mayo de 2007, rol 3452-2006, considerando 66. El destacado es propio. En el mismo sentido, entre otras: Corte Suprema. Sentencia de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004, considerandos 22-24; sentencia de 13 de marzo de 2007, rol 3125-2004, considerando 39.

podrían entrar en conflicto con la Carta Fundamental en aspectos sustantivos o de derechos fundamentales, especialmente cuando producto de la incorporación del tratado como norma interna, luego no puede concretarse el control represivo de constitucionalidad²¹², ya que éste vulneraría el artículo 54 inc. 6 y los artículos 26, 27 y 31 de la CVDT²¹³. Es decir, este es un mecanismo que vela porque no existan complicaciones para la aplicación efectiva del tratado, pero en ningún caso permite sostener la inferioridad constitucional de las normas internacionales de derechos humanos.

A estos argumentos debemos adicionar el hecho de que nos encontramos ante una discusión acerca de la vigencia de derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Esto trae como consecuencia la necesaria inclusión de herramientas de interpretación que permitan dar efecto útil a las disposiciones de derechos humanos. Como señala BIDART, “la fuente interna y la internacional se retroalimentan. Los egoísmos interpretativos, cualquiera sea su origen y cualquiera que empleen para reducir el sistema en vez de procurar su

²¹² Pese a que esta posición tiene apoyo mayoritario en la doctrina (véase, entre otros: NOGUEIRA, H. 2007, op.cit.; TRONCOSO, C. 2010. Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009. Anuario de Derechos Humanos, (6):149-157; PEÑA, M. 2006. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: la experiencia chilena un año después de la reforma de 2005. En: XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público. Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile y; HENRÍQUEZ, M. 2007. Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional. Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Revista de Estudios Constitucionales, 5: 119-126). El Tribunal Constitucional ha sostenido la tesis contraria y en el año 2009 sostuvo que estaba dentro de sus atribuciones declarar la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado internacional: Tribunal Constitucional. Sentencia de 25 de agosto de 2009, rol 1288-2009.

²¹³ NOGUEIRA, H. 2007, op.cit.

ampliación y plenitud, no obedecen ni responden condignamente a la génesis y a la razón histórica del sistema de derechos, que nunca fue ni pudo ser – ni debe ser- de estrechez o angostamiento, sino de optimización en el marco histórico y situacional”²¹⁴. Una interpretación -como la del Tribunal Constitucional- resta todo el efecto útil de la reforma de 1989, la vacía y priva de sentido. Como señala NOGUEIRA, “equiparar el derecho esencial al envase normativo (tratado) es restarle todo efecto útil a la reforma constitucional de 1989”²¹⁵.

2.1.2 Consideraciones generales acerca de la discusión sobre la jerarquía y control de convencionalidad

La discusión acerca de la jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales ha estado en el centro del debate académico nacional desde 1989 y adquirió mayor fuerza tras la reforma de 2005. La dificultad de resolución de esta problemática por parte de la doctrina y la existencia de jurisprudencia vacilante en nuestros tribunales superiores de justicia, ha dificultado el inicio del debate acerca del control de convencionalidad en nuestro país. Como indica GALDÁMEZ, “ocurre, en el caso de Chile que a la vez que esta doctrina se extiende [control de convencionalidad] y asume explícitamente en el caso Almonacid Arellano condenatorio para Chile, todavía la jurisprudencia ni la doctrina acaban de terminar con el debate sobre el valor de los tratados, cuando aparece un

²¹⁴ BIDART, G. 1994. La interpretación de los derechos humanos. Buenos Aires, Editorial Ediar, pp. 30-31.

²¹⁵ NOGUEIRA, H. 2007, op.cit., p. 76.

segundo debate vinculado al anterior y que tampoco tiene solución mayoritaria”²¹⁶. Sin embargo, a efectos de sostener la obligatoriedad del control de convencionalidad en nuestro país, tal discusión se torna irrelevante y solo tiene importancia para determinar los efectos del control de convencionalidad en ciertos ámbitos²¹⁷.

En efecto, con independencia de la jerarquía que se sostenga que tenga una norma internacional de derechos humanos, ésta debe aplicarse de manera preferente en el ámbito interno, pues debe recordarse que dichos tratados forman parte de nuestro ordenamiento jurídico sin dejar de ser derecho internacional²¹⁸. Esta interpretación ha sido incluso recogida por nuestro Tribunal Constitucional, quien refiriéndose al contenido del inciso 5 del artículo 54 de la Constitución Política sostuvo que “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes son así normas jurídicas que gozan de una especial protección constitucional”, lo que significa que “una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud para derogarlo,

²¹⁶ GALDÁMEZ, L. 2014, op.cit., p.293.

²¹⁷ El debate si tiene relevancia a efectos de determinar qué es lo que pasa cuando existe una contradicción entre la Constitución y los tratados internacionales y respecto de la labor del Tribunal Constitucional. Estos aspectos serán tratados al abordar el ejercicio del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*infra* 3.1).

²¹⁸ NOGUEIRA, H. 2013. Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales después de la reforma constitucional de 2005. Revista de Estudios Constitucionales, 11 (2): 97-154.

modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez”²¹⁹.

Por otra parte, esta argumentación se refuerza cuando vemos que en el contexto del ejercicio del control de convencionalidad, los criterios interpretativos propios del sistema de derechos humanos, permiten trasladar la tradicional discusión de la jerarquía, hacia aquellos principios que buscan preferir aquella norma que sea más protectora. Como explicaré en el capítulo III, en el ejercicio del control de convencionalidad, las normas nacionales e internacionales constituyen un piso de protección y no un techo de su contenido y alcance para su ejercicio. Estas afirmaciones no atentan contra la seguridad del sistema, si las obligaciones internacionales del Estado son claras (las reglas del juego son puestas de antemano) y su aplicación es imperativa en virtud de las bases normativas analizadas precedentemente.

2.1.3 Bases de la institucionalidad

Junto con las normas sobre recepción del DIDH en Chile, el control de convencionalidad también tiene fundamento en las normas sobre bases de la institucionalidad de la CPR. El artículo 6 de la CPR establece que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de

²¹⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 28 de diciembre de 2007, rol 807-2007, considerando 14.

dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. En este sentido, los órganos del Estado, dentro del ámbito de sus competencias, deben respetar y garantizar las normas constitucionales y las dictadas conforme a la Constitución, lo que supone respetar y garantizar no sólo los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de fuente constitucional, sino también los consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes (artículo 5). Esta lectura del artículo 6, ha llevado a la Corte Suprema a sostener que debe descartarse la aplicación de normas que contravengan la Carta Fundamental:

“Que el artículo 6 de la misma Carta Fundamental, al igual que la disposición antes referida, forma parte de las ‘Bases de la Institucionalidad’ - por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la Jurisdicción- y ordena que ‘Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella’, **indicando el deber categórico que se le impone al tribunal nacional a descartar la aplicación de las normas que no se conformen o sean contrarias a la Constitución [...]**”²²⁰.

La obligación de respeto y garantía de los derechos humanos a que hago referencia, emana del artículo 1 de la CPR, que establece que el Estado está al servicio de la persona humana y, en ese sentido, debe “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la

²²⁰ Corte Suprema. Sentencia de 21 de diciembre de 2009, rol 5233-2008, considerando 31. El destacado es propio. En el mismo sentido: Corte Suprema. Sentencia de 15 de octubre de 2008, rol 4723-2007, considerando 11; sentencia de 20 de diciembre de 2010, rol 1198-2010, considerando 25; sentencia de 4 de septiembre de 2013, rol 3841-2012, considerando 8 y; sentencia de 9 de enero de 2014, rol 2387-2013, considerando 15.

comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

En este sentido, los artículos 1, 5 y 6 de la Constitución Política permiten sostener que el ejercicio del control de convencionalidad es obligatorio para toda autoridad pública. En efecto, los órganos del Estado en el ámbito de sus competencias deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, debiendo para ello respetar y garantizar los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, consagrados en la Constitución como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes²²¹.

2.2 Marco de competencias de los juzgadores en el modelo nacional y facultades conservadoras de los tribunales de justicia

Con el objetivo de delimitar cómo operará el control de convencionalidad en el marco de las atribuciones procesales de los tribunales de justicia chilenos, me referiré brevemente al marco de competencias de los juzgadores en el modelo nacional y a las llamadas facultades conservadoras de los tribunales de justicia.

²²¹ “Esto nos permite realizar un razonamiento integral de las normas en el siguiente sentido: el Estado debe ‘proteger’ a las personas y crear condiciones de vida con pleno respeto a los derechos fundamentales (artículo 1º); los ‘derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’ son un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben ‘respetar y promover’ los derechos garantizados por la Constitución, tanto en su propio articulado como en los tratados internacionales ratificados por Chile (artículo 5º), y dichas obligaciones comprometen a todos los órganos del Estado (artículo 6º)’. NASH, C., NOGUEIRA, A. y NÚÑEZ, C. (et.al.) 2012, op.cit, p. 54.

En nuestro modelo jurisdiccional, la fuente del ejercicio de la jurisdicción se encuentra en el artículo 76 de la CPR²²² y es el Código Orgánico de Tribunales (COT) el que fija el ámbito de competencias de los tribunales de justicia (artículo 77 CPR). Conforme al artículo 3 del COT, además de las facultades jurisdiccionales, los tribunales de justicia tienen las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se asignan en el COT.

En el modelo jurisdiccional diseñado por el COT, las Cortes de Apelaciones, son tribunales ordinarios, colegiados, letrados, de derecho y permanentes, que ejercen sus funciones dentro de un territorio que es normalmente una región o parte de una región y son depositarias de casi la totalidad de la competencia de segunda instancia, conociendo además en única instancia o primera instancia de los demás asuntos que las leyes les encomienden²²³. Dentro de estos asuntos, se encuentra el conocimiento en primera instancia de las acciones de protección y amparo constitucional.

²²² Artículo 76 CPR. “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

²²³ MATURANA, C. 2006. Los órganos jurisdiccionales. Material de estudio para el curso de Derecho Procesal, Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 94.

Por su parte, la Corte Suprema, es un tribunal ordinario, colegiado, letrado, de derecho y permanente, detentador de la superintendencia directiva, correccional y económica respecto de todos los tribunales de la República. Su principal misión, en cuanto a competencia exclusiva y excluyente, es conocer de los recursos de casación en el fondo y revisión²²⁴. Destaca también la posibilidad de conocer la acción de reclamación de nacionalidad y en segunda instancia de las apelaciones de las acciones de protección y amparo. Hasta el año 2005, detentaba la competencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.050 corresponde al Tribunal Constitucional.

Estos tribunales son llamados “ordinarios”, pues son aquellos a quienes les corresponde el conocimiento de la generalidad de los conflictos que se promueven dentro del territorio nacional (artículo 5 COT).

A efectos del análisis de sus facultades para la realización del control de convencionalidad, cabe destacar que no detentan la facultad de expulsar normas del ordenamiento jurídico por ser contrarias a los preceptos constitucionales. Esta facultad, como veremos más adelante, recae exclusivamente en el Tribunal Constitucional (*infra* 3.1).

En este sentido, los/as jueces/zas sin jurisdicción constitucional solo podrán ejercer el control de convencionalidad descartando la aplicación de normas

²²⁴ *Ibíd*em, p. 112.

contrarias al bloque de convencionalidad o interpretando la normativa conforme a este bloque.

La primera de las posibilidades se basa en una interpretación de las facultades de los/as jueces/zas nacionales que comprende una lectura conjunta de los artículos 5 y 6 de la Constitución, 1.1 y 2 de la CADH y 27 de la CVDT, conforme a lo que ya hemos visto. En efecto, las normas sobre derechos humanos consagradas en tratados internacionales son un límite a la soberanía y los órganos del Estado deben respetar y promover estos derechos (artículo 5), debiendo conformar sus actuaciones en virtud de las obligaciones que impone la Constitución (artículo 6). Las normas contenidas en tratados internacionales tienen aplicación preferente en el sistema jurídico nacional (artículo 5) y estas obligan al juzgador a adoptar medidas para velar porque sus disposiciones tengan efecto útil en el ámbito interno (artículos 1.1 y 2 de la CADH). Para cumplir con estos mandatos, el juzgador debe preferir aquella norma que permita cumplir con sus obligaciones internacionales, ya que no puede excusar su cumplimiento en disposiciones de derecho interno (artículo 27 CVDT).

La posibilidad de descartar la aplicación de normas no supone fallar en contra de ley, sino preferir la aplicación de una normativa que permita cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esta modalidad de aplicación del control de convencionalidad ha sido adoptada por la jurisprudencia nacional, principalmente, en casos relacionados con violaciones

masivas y sistemáticas a los derechos humanos, como veremos más adelante (*infra* 3.2).

Por otra parte, el ejercicio interpretativo supone realizar una lectura de las normas nacionales que permita su conformidad con el bloque de convencionalidad. Este ejercicio debe hacerse siempre y su resultado puede ser positivo (es posible realizar una interpretación conforme), o negativo (imposibilidad de interpretación, la norma es directamente contraria al bloque de convencionalidad). Las bases normativas para este ejercicio interpretativo también emanan del razonamiento reseñado precedentemente. Por aplicación del artículo 6 de la Constitución Política de la República, los órganos del Estado están obligados a velar por la aplicación de normas conforme a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, lo que incluye a los tratados internacionales, que gozan de una especial protección constitucional (artículo 5). Si el juez nacional determina la imposibilidad de realizar una interpretación conforme, el sistema jurídico nacional le da la opción de cuestionar la norma a través de la solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante al Tribunal Constitucional, que permite a éste declarar inconstitucional la aplicación de la norma para el caso concreto²²⁵. Esta posibilidad permite salvar la responsabilidad del/la juzgador/a ante la aplicación de normas contrarias a la CADH, ya que le permite -al menos- cuestionar la norma ante las limitaciones

²²⁵ Artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República.

que le impone al sistema para expulsarla del sistema²²⁶. Es decir, Chile no se encuentra en aquellas hipótesis que FERRER MAC GREGOR denomina como contrarias a la posibilidad del ejercicio de convencionalidad por imposibilidad de cuestionamiento de las normas ante otra instancia²²⁷ o en que “hay jueces inhabilitados por el ordenamiento local para verificar el control de constitucionalidad y, por ende, en principio, el de convencionalidad) y no existen caminos procesales para remitir la Litis a quien si está autorizado a practicarlo”²²⁸, ya que siempre tendrá la opción (ante la imposibilidad de realizar una interpretación conforme), de reenviar el cuestionamiento ante el Tribunal Constitucional.

En este sentido, quienes cuestionan la posibilidad de la magistratura nacional de realizar el ejercicio de convencionalidad por no existir en Chile un modelo de control difuso de constitucionalidad²²⁹, desconocen que el control de convencionalidad es una herramienta eminentemente hermenéutica, tal como lo ha reconocido la Corte IDH en numerosas oportunidades y desarrollé en extenso en el primer capítulo.

²²⁶ Esta posibilidad de ejercicio del control de convencionalidad ha sido estimada como positiva y conforme a las obligaciones internacionales para aquellos países en que existe la imposibilidad de un control difuso de constitucionalidad, véase: SAGUÉS, N. 2010, op.cit, p. 122.

²²⁷ FERRER MAC-GREGOR, E. 2011, op.cit., párr.40.

²²⁸ SAGUÉS, N. 2010, op.cit, p. 122.

²²⁹ ZÚÑIGA, F. 2012. Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica. En: NOGUEIRA, H. op.cit., pp. 387-447. HENRÍQUEZ destaca que las inconsistencias de la Corte IDH en su jurisprudencia han tenido como consecuencia distintas interpretaciones de lo que significa el ejercicio del control de convencionalidad en el ámbito interno, véase: HENRÍQUEZ, M. 2014. La polisemia del control de convencionalidad interno. Revista Colombiana de Derecho Internacional (24):113-141.

En este sentido, resulta preocupante que autores como CONTRERAS²³⁰ y GARCÍA²³¹ se refieran al control de convencionalidad en su faz interpretativa como un control de convencionalidad “débil”. Si bien es cierto que en el caso de que los tribunales nacionales no tengan la facultad de expulsar o inaplicar normas en un caso concreto, los efectos del control de convencionalidad sólo serán interpretativos y, que en ese sentido, la “fuerza” del control de convencionalidad es menor en cuanto mecanismo de supresión de normas, no constituye –en ningún caso- una manifestación de menor relevancia o efectividad que el control de convencionalidad con efecto represivo. La interpretación de una norma en un caso concreto conforme al bloque de convencionalidad es una posibilidad que permite dar efectividad a la protección de los derechos humanos en un caso concreto. Las diferencias entre ambas modalidades del control de convencionalidad no se miden en virtud de su eficacia, sino más bien en cuanto a sus efectos en relación al sistema normativo. Aludir a la existencia de un control de convencionalidad “débil”, denota una connotación negativa acerca de sus potencialidades²³², lo que no se condice con su aptitud efectiva de tutelar por el cumplimiento del objeto y fin de las normas de derechos humanos.

²³⁰ CONTRERAS, P. 2013. Control de convencionalidad y discrecionalidad estatal. En: Primer Congreso de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. México D.F, UNAM e ITAM.

²³¹ GARCÍA, G. 2014, op.cit.

²³² Según la Real Academia Española, la palabra “débil” indica: “De poco vigor o de poca fuerza o resistencia” o “escaso y deficiente”.

Un aspecto que complementa el razonamiento normativo a que hice referencia respecto de las facultades de los/as jueces/zas de realizar control de convencionalidad, es destacar que los/as jueces/zas nacionales gozan de las llamadas “facultades conservadoras”. Estas facultades, cuya base normativa emana del artículo 3 del COT, han sido definidas como “aquellas otorgadas por ley a los tribunales ordinarios de justicia con la finalidad de velar por la observación de la Constitución Política de la República y las leyes, y prestar protección a las garantías individuales”²³³. La doctrina ha identificado como manifestaciones de las facultades conservadoras de los tribunales de justicia el recurso de reclamación por expulsión de extranjeros, las visitas, el recurso de reclamación por pérdida de nacionalidad, el recurso de amparo y el recurso de protección²³⁴.

El uso de estas facultades, en determinados casos, permite a los tribunales adoptar medidas para garantizar el restablecimiento de los derechos conculcados, lo que otorga a los/as jueces/zas mayores facultades para un ejercicio complejo del control de convencionalidad. Así por ejemplo, en las acciones de protección, las Cortes deben “adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado” (artículo 21 CPR), lo que ha sido relevante para el ejercicio del control de convencionalidad en Chile. Como

²³³ MORALES, E. 1987. Explicaciones de derecho procesal. Tomo I. Santiago, pp. 99-100.

²³⁴ VERDUGO, M. 1996. Vigorización de las facultades conservadoras de los tribunales de justicia. En: Estudios sobre jurisdicción constitucional. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales.

veremos más adelante (*infra* 3.3), en virtud de estas acciones, las Cortes de Apelaciones han ordenado a la autoridad pública a conformar su actuar a los estándares internacionales sobre derechos humanos.

2.3 Conclusiones acerca de la base normativa para el ejercicio del control de convencionalidad en Chile

En Chile, una vez que los tratados internacionales son ratificados, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico nacional como ley vigente en conformidad al procedimiento establecido en el artículo 54 de la Constitución Política. Una vez incorporado al ordenamiento nacional, el Estado de Chile se compromete a respetar y garantizar sin discriminación los derechos consagrados en el tratado y conforme al principio *pacta sunt servanda*, debe dar cumplimiento a lo comprometido en el tratado de buena fe.

En nuestro sistema normativo, es pacífico que los tratados internacionales sobre derechos humanos, en virtud del artículo 5 de la Constitución Política de la República gozan de una especial protección constitucional y son un límite a la soberanía. Para algunos/as, esto implica que los tratados tienen el mismo rango jerárquico que la Constitución Política, mientras que para otros/as esto solo significa que se encuentran por sobre las leyes comunes. A efectos del ejercicio del control de convencionalidad, lo importante es que la Constitución Política de la República incorpora a los tratados como un límite a la soberanía, lo que implica, que en conformidad al artículo 6 de la Carta Fundamental, todos los órganos del Estado deben actuar conforme a la Constitución, lo que conlleva la

obligación de respetar y garantizar (artículo 1) los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, que pueden estar reconocidos tanto en la misma Carta Fundamental, como en tratados internacionales ratificados por Chile.

Este mandato que otorgan en su conjunto los artículos 1, 5 y 6 de la Constitución, se manifiesta en el Poder Judicial en la obligación de garantizar que en la aplicación de la ley, se respeten y garanticen los derechos fundamentales, con independencia de su fuente (nacional o internacional). En esta labor, pueden descartar la aplicación de una norma por ser contraria al bloque de convencionalidad o interpretarla conforme a sus obligaciones internacionales. Ante la imposibilidad de realizar esta labor, el juez nacional puede acudir a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que le permite cuestionar la inconstitucionalidad de la norma.

Por otra parte, las denominadas “facultades conservadoras” de los tribunales de justicia, permiten al juzgador contar con otras herramientas para el ejercicio del control de convencionalidad, que permiten que su aplicación sea más compleja, como explicaré más adelante.

3. Aplicación del control de convencionalidad por los tribunales chilenos

El ámbito temporal de análisis de la jurisprudencia nacional, se extiende desde el año 2005 hasta el año 2014. Comienza el análisis el año 2005, pues ese año se realizó una reforma constitucional que, por una parte, modificó las

competencias del Tribunal Constitucional y, por otra, reforzó el rol de los tratados sobre derechos humanos en Chile.

En este apartado se destacarán los principales fallos donde los tribunales nacionales han realizado el ejercicio de control de convencionalidad. De esta forma, se busca demostrar que todos los tribunales nacionales pueden y en efecto, realizan control de convencionalidad, si bien no de manera constante ni con la profundización esperada, sí lo hacen. Asimismo, se buscará identificar parámetros que permitan categorizar las modalidades en que se realiza este ejercicio y el razonamiento que –en concepto de las Cortes- las habilitan a aplicar el control de convencionalidad. Para lograr estos objetivos, se hará una breve reseña del ámbito de competencias de cada tribunal analizado, destacando las facultades procesales donde se evidencia con mayor claridad la posibilidad de realizar control de convencionalidad. Luego, sobre la base de esas explicaciones previas, se darán algunos ejemplos de cómo se ha realizado este control, visibilizando los principales avances, desafíos y problemáticas en la materia.

Como aclaración previa, cabe destacar que la sola enunciación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sin alusión sustantiva a sus normas, constituye un ejercicio incompleto de control de convencionalidad, ya que si bien resulta positivo que se traiga al acervo normativo los tratados internacionales –pues forman parte del ordenamiento jurídico- no referirse a sus

normas y a los estándares que desarrollan para aplicarlos al caso concreto, no permite verificar la adecuación de la resolución a las obligaciones internacionales²³⁵. Lamentablemente, esta es una práctica común en nuestra jurisprudencia, que utilizando el vocablo “a mayor abundamiento” incorpora en la argumentación la enunciación de los tratados internacionales sobre derechos humanos aplicables, pero sin hacer una incorporación sustantiva de sus estándares. La jurisprudencia que se analizará es aquella que realiza correctamente el ejercicio de control de convencionalidad, sin perjuicio de que se destacarán algunos casos en que se recurre a esta técnica, con el objeto de ilustrar la importancia de incorporar sustantivamente los tratados sobre derechos humanos en la argumentación.

3.1 Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, después de la reforma del año 2005, posee la competencia exclusiva del control de constitucionalidad de los preceptos legales, fijada en el artículo 93 de la Constitución Política. En la caracterización tradicional de los modelos de control constitucional, se sostiene que Chile

²³⁵ Véase, CDH. 2014. Boletín de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Materia de Derechos Humanos N°1. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp.9-10 y NOGUEIRA, H. 2012. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011. Revista de Estudios Constitucionales, 10 (2): 57-140, en lo que respecta a la llamada “interpretación neutralizadora” de los instrumentos internacionales.

posee un sistema concentrado y único de control constitucional²³⁶ y puede ser preventivo o represivo²³⁷.

El control preventivo se realiza a través del examen obligatorio de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación (artículo 93 N° 1), y a través de la resolución de las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso (artículo 93 N° 2).

Por su parte, el control represivo de constitucionalidad se realiza a través de dos mecanismos: juicio incidental de inconstitucionalidad (control concreto, “acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”) y control de constitucionalidad basado en un interés público de resguardo de la supremacía constitucional (control abstracto)²³⁸. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad permite declarar inaplicable una norma legal, por resultar contraria a la Constitución en un caso concreto y tiene efectos *inter partes*²³⁹. El

²³⁶ VEGA, F. y ZÚÑIGA, F. 2006. El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional: teoría y práctica. Revista de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, (2): 135-174.

²³⁷ A continuación se enuncian las principales facultades que tiene el Tribunal Constitucional en materia de control, pero no se agotan en ellas. Véase artículo 93 de la Constitución Política de la República.

²³⁸ NOGUEIRA, H. 2005. El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad. En: ZÚÑIGA, F. (Coord.) Reforma constitucional. Santiago, Editorial Lexis Nexis, p.595.

²³⁹ En esta acción, la cuestión de constitucionalidad puede ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Para que el Tribunal Constitucional conozca del asunto, es necesario que se verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal

control abstracto de constitucionalidad, en tanto, permite declarar inconstitucional una norma con efecto *erga omnes*, expulsándola del ordenamiento jurídico, de oficio o a solicitud de parte, cuando el precepto legal haya sido declarado inaplicable en un control anterior. Pese a que el Tribunal Constitucional no tiene competencia directa para resolver asuntos relacionados con derechos fundamentales (como en algunos países, en que existe el amparo extraordinario ante la magistratura constitucional), la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se ha transformado en una vía para la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que es parte el Estado. Como indican PICA y CAZOR, “la inaplicabilidad ha pasado así de ser una mera herramienta de control de normas a un medio de justicia de derechos fundamentales, en la medida de que su fundamento jurídico siempre es un derecho subjetivo fundamental o una garantía de él, y que el efecto de la sentencia será el deber de enjuiciar de conformidad con el mismo”²⁴⁰.

En este modelo de control, una de las dificultades que ha presentado el control de convencionalidad para instalarse como parte del ejercicio del control de constitucionalidad, ha sido la doctrina que adopta el Tribunal Constitucional sobre el rango de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la

ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley (artículo 93 de la Constitución Política).

²⁴⁰ CAZOR, K. y PICA, R. 2009. Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿evolución hacia un amparo imperfecto? Revista Nomos, (3): 13-39.

pirámide normativa, cual es, la infraconstitucionalidad pero supralegalidad de los tratados²⁴¹. Esto, pues aceptar como obligatoria la doctrina de la Corte IDH exigiría como supuesto que el Tribunal Constitucional adoptara como tesis que el principio de supremacía constitucional integra a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes²⁴². En efecto, sobre la base de estas consideraciones, los pronunciamientos de la magistratura constitucional que incorporan normas internacionales sobre derechos humanos como parámetro de constitucionalidad son escasos y la utilización de la jurisprudencia de la Corte IDH es aún menor²⁴³. Si bien es efectivo que si el Tribunal Constitucional adoptara la tesis del rango constitucional de los tratados internacionales, sería más abundante la jurisprudencia constitucional que incorporara los tratados internacionales como baremo de constitucionalidad (realizando así un control de constitucionalidad y de convencionalidad) -que es

²⁴¹ Así lo sostiene desde la sentencia rol 346-2002 de 8 de abril de 2002 sobre requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y fue reafirmado recientemente en los pronunciamientos sobre constitucionalidad de la ley de pesca roles 2387-2012 y 2388-2012 acumulados de 23 de enero de 2013, recogiendo los argumentos que tradicionalmente ha utilizado el Tribunal Constitucional para desechar la tesis sobre el rango constitucional sobre los tratados sobre derechos humanos: “Que la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5, inciso segundo, 32, N° 17, y 54, N°1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional [...] lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma [...]” (considerando 12).

²⁴² GALDÁMEZ, L. 2014. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana: años 2006-2011. En: NOGUEIRA, H, op.cit.,p.295.

²⁴³ Liliana Galdámez, en su estudio sobre utilización de la jurisprudencia de la Corte IDH por parte del Tribunal Constitucional, indica que “de un total de 968 sentencias dictadas entre 2006 y 2010 en 6 se cita-menciona opiniones consultivas o jurisprudencia de la Corte IDH por parte del Tribunal Constitucional de Chile”. En: *Ibidem*, p.295.

lo que estimo correcto-, ello no obsta a que el Tribunal Constitucional realice el control de convencionalidad, incluso bajo una interpretación restrictiva de lo que consagra nuestra Carta Fundamental. En efecto, PEÑA destaca que aun en ausencia de consenso respecto de la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, ello no significa desconocer “el criterio hermenéutico implícito que se desprende del artículo 5 inciso segundo, de nuestra Carta Fundamental, pues me parece que la intención del constituyente de 1989 ha sido, claramente, establecer un límite para la actuación de los órganos del Estado derivado de la necesidad de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana consagrados tanto en tratados internacionales como en la propia Constitución”²⁴⁴.

Bajo estas consideraciones, ilustraré casos en que el Tribunal Constitucional ha realizado el control de convencionalidad, ya sea utilizando los derechos consagrados en tratados internacionales como parámetro de constitucionalidad, o incorporándolos como elementos interpretativos que guían la labor del Tribunal, y que le han permitido declarar la inaplicabilidad de normas legales. En ambos casos esta posibilidad se ha concretado en consideración a la noción de bloque de constitucionalidad, como mecanismo que permite integrar al acervo de la Constitución, los derechos consagrados en tratados internacionales.

²⁴⁴ PEÑA, M. 2008. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por el tribunal constitucional chileno. *Revista de Estudios Constitucionales*, 6 (1): 208.

3.1.1 Elementos para el ejercicio del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En este apartado, me referiré a jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se refiere a las posibilidades del ejercicio del control de convencionalidad por parte de todos los tribunales nacionales. Si bien nuestro Tribunal Constitucional no ha desarrollado una doctrina sobre el tema y, por el contrario, muchas veces ha cerrado la puerta a esta posibilidad a través de sus pronunciamientos sobre la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, encontramos pronunciamientos en que se mencionan elementos que permiten justificar el ejercicio del control de convencionalidad por parte de la judicatura.

En este sentido, resulta interesante destacar la sentencia rol 807-2007²⁴⁵. En el año 2007, se solicitó la declaración de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de artículos del Código Sanitario a la luz de un Convenio Internacional firmado entre Chile y Colombia respecto a la convalidación de títulos profesionales. En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional indicó que los/as jueces/zas de instancia deben velar por el cumplimiento de buena fe de los tratados internacionales:

“Que, indudablemente, el intérprete en general y el juez en particular debe realizar los mayores esfuerzos, dentro del ámbito constitucional, para procurar cumplir de buena fe las disposiciones y los fines del tratado, conciliando sus disposiciones con otras normas del Derecho Interno, prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y

²⁴⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia de 28 de diciembre de 2007, rol 804-2007, considerando 5.

obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico chileno”²⁴⁶.

Así, el Tribunal Constitucional indica que en conformidad al artículo 54 inciso 5 de la CPR, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, son normas jurídicas que gozan de una especial protección constitucional y que en tales circunstancias, “una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud de derogarlo, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez, expresando un acto jurídico que se ha producido en contravención a las formas exigidas por la Constitución”²⁴⁷. En el conflicto analizado, el Tribunal Constitucional estimó que no existía un conflicto constitucional propiamente tal, pues no había oposición sustantiva de la norma impugnada con el tratado internacional que se alegaba vulnerado, sino que se trataba de un problema de interpretación. Al arribar a esta conclusión, el Tribunal Constitucional desarrolla un postulado interesante y que reafirma la posibilidad de los/as jueces/zas de instancia de realizar control de convencionalidad a través de la labor hermenéutica:

“Que el conflicto normativo que se discute ante este Tribunal no implica necesariamente una derogación, modificación o suspensión de las disposiciones de un tratado o una contravención per se de normas constitucionales, pues mediante un uso adecuado de los principios de hermenéutica constitucional y legal es posible llegar a conclusiones que, respetando el real sentido y alcance de los preceptos de la convención bilateral, que se invoca, sean armónicas con otras normas legales del Derecho chileno y con la Constitución en su conjunto. No existe, de esta manera, un problema de constitucionalidad –oposición sustantiva de la ley

²⁴⁶ *Ibíd*em, considerando 5.

²⁴⁷ *Ibíd*em, considerando 14.

a la Constitución- sino de contraste entre un tratado internacional vigente y una ley nacional, **que corresponde calificar y decidir al juez de la instancia**²⁴⁸.

Si bien esta sentencia no se refiere expresamente a tratados sobre derechos humanos, sus consideraciones pueden ser extrapoladas a estos tratados, con mayor razón por la especial protección constitucional que les otorga el artículo 5 inciso 2. Esta sentencia enuncia que el juez/a de instancia es el/la primer/ha llamado/a a interpretar la normativa nacional conforme a la Constitución y tratados internacionales, lo que reafirma lo que he indicado sobre las facultades del juez/a para desarrollar el control de convencionalidad en su vertiente hermenéutica.

Por otra, parte, en la sentencia rol 2215-2013, los Ministros Carmona y Hernández, desarrollan una argumentación en su voto a favor de rechazar el requerimiento, que también habilita el ejercicio del control de convencionalidad por parte del/la juez/a de instancia. En este caso, una jueza de familia había solicitado que se declarara la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil que restringe las posibilidades de realizar una acción de reclamación de filiación. El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento, por no cumplirse con el quórum para su aprobación (se produjo un empate). El empate se produjo entre aquella posición que estimaba que el artículo 206 era inconstitucional por contravenir el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la identidad personal. Por su parte, el voto que opta por rechazar el

²⁴⁸ *Ibíd*em, considerando 15. El destacado es propio.

requerimiento, indica que era posible realizar una interpretación conforme a la Constitución de las normas impugnadas y que dicha labor corresponde a la labor del juez de instancia. Estas últimas consideraciones son particularmente relevantes para el ejercicio de control de convencionalidad.

Para arribar a esta conclusión, los Ministros comienzan indicando que los conflictos que llegan al Tribunal Constitucional son aquellos en que existe un auténtico conflicto de constitucionalidad (oposición del precepto legal a la Constitución), no correspondiendo “transformar en conflictos de constitucionalidad los vacíos o las contradicciones de las normas legales si éstas pueden ser solucionadas con una debida interpretación o integración”²⁴⁹. En este sentido, indican que “sólo si se agotan las posibilidades de conciliar la norma cuestionada con la Carta Fundamental, cabe declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad”²⁵⁰.

Los magistrados destacan que no corresponde a la magistratura constitucional sustituir al juez ordinario definiendo una interpretación legal correcta. En este sentido, se refieren al mandato del artículo 5 de la Constitución para el/la juez/a, destacando que la labor de respeto y promoción de los derechos humanos corresponde a todos los órganos del Estado:

“Que, por otra parte, cabe considerar que el deber de respeto y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que

²⁴⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de mayo de 2013, rol 2215-2013. Voto de los ministros Hernández y Carmona, considerando 5.

²⁵⁰ Ibídem, considerando 6.

estén establecidos en tratados internacionales ratificados por nuestro país y vigentes, es un mandato para los 'órganos del Estado'.

Pero dicho mandato lo deben cumplir desde sus propias atribuciones. El artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política no es una habilitación de potestades para que cualquier órgano del Estado, bajo el pretexto de invocar su obligación de respeto y promoción, exceda o invada la competencia de otros órganos del Estado.

Por lo demás, este mandato no es sólo para el Tribunal Constitucional. Éste no tiene el monopolio de la promoción y respeto de los derechos esenciales consagrados en los tratados internacionales. **En tal sentido, los jueces encargados de resolver la gestión pendiente tienen más que una orientación para buscar una salida al conflicto interpretativo que nos ocupa y que concilie los textos legales con los preceptos internacionales**²⁵¹.

Esta afirmación es particularmente relevante para lo que he venido sosteniendo: el mandato de protección corresponde a todos/as los/as jueces/zas en el ejercicio de sus competencias y, en el caso de los/as jueces/zas comunes, esto se traduce en una labor hermenéutica que concilie los textos legales con los tratados internacionales sobre derechos humanos. Este es el ejercicio del control de convencionalidad.

Los antecedentes expuestos son relevantes en la jurisprudencia de la magistratura constitucional para fundar las posibilidades de realizar el control de convencionalidad por parte de los/as jueces/zas.

Respecto a las posibilidades de ejercicio del control de convencionalidad en la jurisprudencia del TC, no existen referencias explícitas (tanto positivas como negativas). El ejercicio del control de convencionalidad ha sido realizado por el

²⁵¹ *Ibíd*em, considerando 16. El destacado es propio.

Tribunal sin referirse explícitamente a su ejercicio. La única alusión que encontramos a esta obligación proviene del voto concurrente del ministro Viera-Gallo en la sentencia rol 2265-2013, donde se discutía la compatibilidad de las normas sobre apremio por no pago de pensión de alimentos con la Constitución Política. El ministro concurre al fallo, pero no comparte lo indicado en el considerando 8²⁵² (que reitera la doctrina del TC referida al rango de los tratados sobre derechos humanos) e indica:

“[...] el Tribunal Constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5°, inciso 2°, 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”²⁵³.

²⁵² “Que, como lo ha sustentado uniformemente esta judicatura constitucional, los tratados internacionales no constituyen, per se, parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitar directamente a esta jurisdicción para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente los contrarían. Para que esta operación fuera jurídicamente válida, sería necesario que aquellos instrumentos estuvieran dotados de rango constitucional en cuanto fuentes formales de Derecho Constitucional, y no adquirirla por vía simplemente indirecta, a través de la remisión que a ellos formula el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental”. Tribunal Constitucional. Sentencia de 21 de noviembre de 2013, rol 2265-2013, considerando 8.

²⁵³ *Ibidem*, voto concurrente del Ministro José Antonio Viera-Gallo.

3.1.2 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y control de convencionalidad como parte del control de constitucionalidad²⁵⁴

En el apartado precedente me referí a las posibilidades de ejercicio del control de convencionalidad por parte de los/as jueces/zas nacionales a partir de las reflexiones del TC. En esta sección, trataré específicamente aquellos casos en que el Tribunal Constitucional ha realizado efectivamente el control de convencionalidad, aclarando que este ejercicio por parte del Tribunal Constitucional ha sido implícito, es decir, ha realizado el control sin indicar expresamente que lo está aplicando.

Las sentencias seleccionadas corresponden a casos en que el Tribunal Constitucional ha utilizado como baremo de constitucionalidad a los tratados internacionales (es decir, ha realizado un control de convencionalidad y constitucionalidad simultáneo) y aquellos en que el Tribunal Constitucional ha realizado este ejercicio utilizando los derechos humanos consagrados en tratados internacionales como herramientas interpretativas de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

a. Presunción de inocencia y prisión por deudas: primeras aproximaciones al control de convencionalidad

Los primeros casos en que el TC incorporó los derechos humanos consagrados en tratados internacionales en el análisis de inaplicabilidad por

²⁵⁴ Para la elaboración de esta recopilación se han consultado diversos estudios que destacan la incorporación por parte del Tribunal Constitucional de los tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH, además de sentencias que han sido escogidas especialmente por esta autora. Véase: NOGUEIRA, H. 2007. Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional. Revista de Estudios Constitucionales Universidad de Talca (2): 457-466; PEÑA, M. 2008, op.cit. y; GALDÁMEZ, L. 2014, op.cit.

inconstitucionalidad, estuvieron relacionados con el principio de presunción de inocencia y la prisión por deudas.

Los casos referidos a la prisión por deudas²⁵⁵ en la jurisprudencia del TC son relevantes pues éste analiza la constitucionalidad de las normas impugnadas a la luz de las obligaciones internacionales del Estado contenidas en los artículos 7.7 de la CADH y 11 del PIDCP. Pese a que en estos casos rechaza los requerimientos, el parámetro o canon de control con que el TC coteja la constitucionalidad de las normas, se encuentra en las normas internacionales, lo que significa que al realizar control de constitucionalidad, realiza a su vez el de convencionalidad al considerar a las normas sobre derechos humanos consagradas en tratados internacionales como baremo de constitucionalidad.

Así por ejemplo, en la sentencia rol 519-2006²⁵⁶ analiza cuál es el ámbito protegido por las normas internacionales y determina que la normativa nacional que prescribe el apremio del empleador que incumple con las obligaciones de cotización en instituciones de seguridad social no es incompatible con la proscripción de la prisión por deudas:

“[...] contrariamente a lo sostenido por los requirentes, el precepto legal en cuestión se encuentra en armonía con los deberes impuestos al Estado en materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tal como lo ordena el artículo 5°, inciso segundo, de la

²⁵⁵ Véase, entre otras: Tribunal Constitucional. Sentencia de 5 de junio de 2006, rol 519-2006; sentencia de 24 de marzo de 2007, rol 576-2007; sentencia de 4 de octubre de 2007, rol 807-2007; sentencia de 22 de enero de 2009, rol 1006-2009 y; sentencia de 17 de marzo de 2009, rol 1145-2009.

²⁵⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia de 5 de junio de 2006, rol 519-2006.

Constitución Política de la República, particularmente respecto de diversos tratados internacionales que prohíben la denominada “prisión por deudas”. En efecto, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que ‘nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una **obligación contractual**’, esto es, una deuda emanada de un contrato puramente civil. Sobre el punto, la doctrina ha señalado que esto significa que la privación de libertad basada en el incumplimiento de obligaciones legales, sean de derecho privado o público, es aceptable. De modo que cuando un tribunal impone la privación de libertad para compeler al cumplimiento de una obligación legal ello no importa una vulneración de la prohibición de prisión por deudas. (Manfred Nowak, U.N Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. N.P Engel, Publisher. Kerl, Strasbourg, Arlington, 1993). [...]”²⁵⁷

De esta forma, luego de definir el alcance de la prohibición de la prisión por deudas en los tratados internacionales, determina que no existe incompatibilidad de la normativa nacional de apremio a los empleadores, por justificarse en el incumplimiento de una obligación legal²⁵⁸.

Al definir el alcance de la prohibición de la prisión por deudas, resulta relevante que el Tribunal Constitucional en la sentencia rol 807-2007 indicara que “el precepto en cuestión no ha tenido aplicación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para fijar su contenido y alcance”²⁵⁹, porque el TC asume a la Corte IDH como intérprete auténtica de la CADH, lo que resulta relevante para el ejercicio de convencionalidad.

²⁵⁷ Ibídem, considerando 25.

²⁵⁸ Ibídem, considerandos 26 a 28.

²⁵⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 de octubre de 2007, rol 807-2007, considerando 15.

Estos casos son manifestaciones del ejercicio de convencionalidad como parte del control de constitucionalidad al incluir al PDCIP y a la CADH como parámetro de control.

Decía que el TC también había asumido el ejercicio del control de convencionalidad como parte de un ejercicio hermenéutico, lo que significa que en los casos concretos el TC interpreta las normas nacionales a la luz de las obligaciones internacionales del Estado, lo que le permite determinar la constitucionalidad de las normas impugnadas. Ejemplo de ello lo constituyen los casos relacionados con el principio de presunción de inocencia²⁶⁰.

En la sentencia rol 739-2007, el TC debió determinar si el artículo 1 inc.2²⁶¹ del Código Penal era contrario, entre otros, a los artículos 19 N°3 inc.5 y 5 inc.2 de la Constitución Política. Para determinar la compatibilidad del referido artículo del Código Penal con el principio de presunción de inocencia, el TC - constatando que este principio no se encuentra expresamente contenido en la Constitución-, interpreta la normativa nacional a la luz de la consagración de este principio en tratados internacionales:

“Que el requirente denuncia la vulneración del principio de inocencia, al que adjudica el carácter de presunción.

La Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de

²⁶⁰ Véase, entre otras: Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de agosto de 2007, rol 739-2007 y sentencia de 13 de mayo de 2008, rol 993-2008.

²⁶¹ Código Penal. Artículo 1.2: “Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”.

derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas.

En tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente. La Convención Americana sobre Derechos Humanos –‘Pacto de San José de Costa Rica’-, en el artículo 8.2, dispone que ‘toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad’ y que ‘durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas’ que enuncia. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera que ‘toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley’.

“Que dicho principio, que más bien se podría referir al ‘trato de inocente’, importa la obligación de considerar al imputado como si fuere inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones –como medidas cautelares- tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación”²⁶².

En virtud del contenido y alcance precisado en estos considerandos, el TC concluye que no se vulnera el principio de presunción de inocencia, por cuanto el artículo 1 inc.2 del Código Penal no importaría una alteración de la carga de la prueba en el juicio penal²⁶³. En este caso, los derechos consagrados en tratados internacionales no constituyen directamente un parámetro de constitucionalidad (como en los casos referidos a la prisión por deudas), pero si permiten interpretar las normas de la Constitución en relación a este principio, lo que habilitó al TC en este caso a determinar que no existía una contravención a la Constitución.

²⁶² Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de agosto de 2007, rol 739-2007, considerandos 7 y 8. El destacado es propio.

²⁶³ *Ibidem*, considerando 10.

Los casos reseñados, si bien no constituyen ejercicios de control de convencionalidad complejos (como los que implican utilizar la jurisprudencia de la Corte IDH como baremo de convencionalidad), constituyen una primera aproximación del TC a la incorporación de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales en el razonamiento de la magistratura constitucional como parámetro de regularidad constitucional. Veremos en los siguientes apartados que este razonamiento irá profundizándose para llegar a un control de convencionalidad complejo y omnicompreensivo de todos los elementos que lo conforman.

b. Derecho a la identidad

Un segundo hito relevante en la jurisprudencia del TC en materia de control de convencionalidad, lo constituyen los casos relativos al derecho a la identidad²⁶⁴. En los casos que se analizarán, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 206 del Código Civil²⁶⁵, que restringe las posibilidades de ejercer acciones de filiación respecto del padre o madre que ha fallecido. Para ejemplificar el razonamiento del TC en estos casos, me referiré a la sentencia rol 1340-2009, que es la primera en que se desarrollan estos estándares y constituye el precedente para las sentencias que la suceden.

²⁶⁴ Véase, entre otros: Tribunal Constitucional. Sentencia de 29 de septiembre de 2009, rol 1340 de 2009; sentencia de 4 de septiembre de 2012, rol 2035-2009 y; sentencia de 4 de septiembre de 2012, rol 2105-2011.

²⁶⁵ Código Civil. Artículo 206. Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad.

En este caso, el juez de la causa de una acción de reclamación de paternidad, solicitó que se declarara inaplicable el artículo 206 del Código Civil, pues a su juicio dicho precepto legal impediría al presunto hijo de un padre que fallece con posterioridad a los 180 días siguientes al parto, demandar el reconocimiento de su filiación en contra de los herederos de ese presunto padre fallecido, efecto que sería contrario al derecho a la identidad que se encuentra reconocido y asegurado a toda persona en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile.

Para resolver el conflicto, el Tribunal Constitucional razona en torno a dos cuestiones: 1) sobre el deber que impone el artículo 5 inc.2 al Estado en relación a los derechos humanos y 2) sobre el contenido del derecho a la identidad personal.

Sobre la primera cuestión, indica:

“Que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.

La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1° inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley consagra. **Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección,** precisamente por su

estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país”²⁶⁶.

Sobre esta consideración, resulta relevante destacar que el Tribunal Constitucional releva el artículo 5 inc. 2 como un mandato para el Estado que incluye el respeto y promoción de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales. Este mandato implica que el juzgador constitucional no puede obviar la protección constitucional cuando el derecho no está consagrado en la Carta Fundamental. De esta forma, incorpora al parámetro de constitucionalidad los derechos de fuente internacional. Para ello, aunque sin decirlo expresamente, el TC recurre a la figura del bloque de constitucionalidad, que permite traer a la Constitución material derechos que no se encuentran en la Constitución Política. A través de la utilización de este razonamiento, el TC amplía la base normativa y permite traer el derecho a la identidad personal como parte del parámetro de regularidad constitucional.

Luego de realizar estas consideraciones, aplica el control de convencionalidad, al analizar el contenido y alcance del derecho a la identidad y contrastar estas obligaciones con el artículo 206 del Código Civil. En efecto, al precisar el objeto de la litis el TC indica:

“En consecuencia, lo que en esta sede constitucional deberá decidirse es si la aplicación de la regla contemplada en el artículo 206 del Código Civil puede resultar contraria al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, permitiendo que los órganos del Estado –el legislador y, eventualmente, el

²⁶⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia de 29 de septiembre de 2009, rol 1340-2009, considerando 9. El destacado es propio.

sentenciador de fondo- incumplan su deber de respetar y promover el derecho a la identidad personal en estrecho ligamen con la dignidad humana proclamada solemnemente en el artículo 1º, inciso primero, del Código Político. Dicho en otros términos, lo que habrá de resolverse en este primer capítulo de inconstitucionalidad es si el derecho a la identidad personal resulta lesionado por haberse aprobado por el legislador y, eventualmente, por aplicarse por el juzgador una norma que limita la posibilidad procesal de que una persona conozca su origen y, por ende, su posición dentro de la sociedad”²⁶⁷.

En este ejercicio, la magistratura constitucional hace notar que en este caso existiría una pugna entre los derechos a la identidad personal de quien reclama la paternidad y los derechos a la integridad psíquica y honra de la familia de los herederos. En este análisis, el TC privilegia aquella interpretación que da efecto útil a los derechos fundamentales, que es la que permite no dejar sin protección el derecho a la identidad personal:

“Que, en otro orden de consideraciones, el criterio de hermenéutica constitucional conocido como la regla del “efecto útil” exige propiciar interpretaciones que no priven absolutamente de efectos a los valores, principios y reglas constitucionales [...]

Así, también desde este punto de vista, no corresponde acoger una interpretación que, restringiendo la posibilidad de obtener el reconocimiento de la paternidad sólo a la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil, pugne con el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, dejando sin efecto el derecho a la identidad personal, en estrecho ligamen con el valor de la dignidad humana, consignado en su artículo 1º inciso primero”.

“Que, por las razones anotadas, este Tribunal decidirá que el artículo 206 del Código Civil [...] resulta contrario al artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en relación con su artículo 1º, inciso primero, y así se declarará”²⁶⁸.

²⁶⁷ Ibídem, considerando 17.

²⁶⁸ Ibídem, considerandos 27 y 28.

Como vemos en este caso el análisis del TC es más complejo que los casos referidos a la prisión por deudas y presunción de inocencia, ya que no sólo se incorporan los derechos consagrados en tratados internacionales como parámetro de constitucionalidad, sino que también se contrastan las obligaciones internacionales con la normativa impugnada buscando una interpretación que de efecto útil a la protección de los derechos humanos.

Esta sentencia permite sentar las bases para proponer un modelo de ejercicio de control de convencionalidad en la jurisprudencia constitucional, que estaría constituido por tres pasos: 1) ampliación de la base normativa a través de la incorporación de los derechos consagrados en tratados internacionales; 2) contrastar la normativa impugnada con las obligaciones internacionales del Estado y; 3) encontrar aquella interpretación que permita dar efectividad a los derechos humanos. Este es un primer modelo de razonamiento, al que se irán incorporando más elementos en el análisis constitucional más reciente del TC, como veremos más adelante.

c. Migrantes: parámetro de convencionalidad complejo

Como tercer hito en la jurisprudencia del TC, puedo destacar la sentencia 2273-2013, en que el Tribunal Constitucional se refirió a la constitucionalidad de algunas normas del D.L de Extranjería. Esta sentencia se dicta con ocasión de una solicitud de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un ciudadano haitiano a quien se había ordenado abandonar el país, ante lo cual

interpuso una acción de protección. En el contexto de esta acción solicitó que se declararan inaplicables los artículos 13, 64 N°2 y 67 inc. 2 del D.L de Extranjería, pues, en general, consagran un modelo que privilegia la discrecionalidad en el otorgamiento de visas y disposición de expulsiones que vulnera el derecho de igualdad, presunción de inocencia y debido proceso. Por existir empate de votos, el TC se refirió únicamente a aquello en lo que existió acuerdo, a saber, en analizar las facultades que otorga el artículo 13 del D.L de Extranjería²⁶⁹ para conceder o denegar solicitud de visas.

Para resolver el conflicto, el Tribunal Constitucional hace referencia a las normas del DIDH que se ocupan del tema. En los considerandos 8 a 10 desarrolla lo que entiende por el derecho a emigrar y en lo sucesivo se refiere al derecho a emigrar y el deber estatal de recibir. A partir de estas reflexiones, indica:

“[E]l conjunto de disposiciones aplicables en la materia, que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica reconocer que se trata de una potestad del derecho interno de cada Estado recibir la inmigración conforme sus leyes lo determinen. Sin embargo, ese margen de discrecionalidad no puede constituir arbitrariedad [...]”²⁷⁰

²⁶⁹ Artículo 13 D.L. 1094 “Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visas, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendándose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones”.

²⁷⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 de julio de 2013, rol 2273-2013, considerando 13.

A continuación, se refiere los límites a los que está sujeta la potestad administrativa del Estado (aludiendo para ello a las normas internacionales), concluyendo que:

“En conclusión, no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país”²⁷¹.

El “enfoque de derechos” a que hace referencia el TC, permite a este analizar la normativa nacional que regula el ingreso de las personas migrantes bajo una nueva óptica (el TC constata que nuestra normativa es pre-constitucional y consagra un paradigma basado en la seguridad nacional²⁷²): la de las obligaciones del Estado en el marco del DIDH²⁷³. De esta forma, una de las principales conclusiones a que arriba la sentencia, es que las facultades discrecionales del Ministerio del Interior deben interpretarse de forma tal que se cumpla con el artículo 5 de la Constitución:

“Que las facultades del Ministerio del Interior, según ya vimos no sólo son pre-constitucionales sino que también pre-convencionales, resultando natural invertir el orden de las obligaciones para ajustar esta potestad estrictamente al artículo 5 inciso segundo de la Constitución”²⁷⁴.

²⁷¹ Ídem.

²⁷² Ibídem, considerandos 16 a 25.

²⁷³ Para el TC, la potestad de policía de seguridad del Ministerio del Interior “está sujeta a límites que provienen desde la Constitución, el Derecho Internacional y, especialmente, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Ibídem, considerando 7.

²⁷⁴ Ibídem, considerando 43.

En este sentido, lo que realiza la magistratura constitucional hasta ahora cumple con los pasos definidos para la realización del control de convencionalidad: identifica como baremo las normas del DIDH sobre personas migrantes, contrasta la normativa nacional a la luz de estas obligaciones (entendiendo que debe ajustarlas considerando el mandato del artículo 5) y, finalmente declara inaplicable para el caso concreto la norma considerando que el uso discrecional sin límites de la facultad de rechazar visaciones por el Ministerio del Interior vulnera el derecho a la libertad de circulación y el derecho a la igualdad ante la ley²⁷⁵.

Pero lo interesante de esta sentencia es que se avanza un paso más allá hacia un control de convencionalidad más complejo, ya que no solo se realizan los tres pasos identificados anteriormente, sino que también la magistratura constitucional fija estándares de actuación para el Ministerio del Interior y que están íntegramente relacionados con el DIDH:

“Que en el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior **tiene un nuevo estándar**. En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana

²⁷⁵ *Ibidem*, considerando 51.

de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N°s 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente que el propio artículo 19 N°7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona²⁷⁶.

Este ejercicio también se complejiza porque el TC incorpora no solo tratados de derechos humanos para la fijación de estándares, sino que también la interpretación de los mismos han realizado los órganos de protección internacional, como lo son las Observaciones Generales a que hace referencia.

d. Inaplicabilidad de la justicia militar: plena aplicabilidad del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El último caso a destacar en esta secuencia de ejercicio de control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es la reciente sentencia rol 2493-2013, en que se declaró inaplicable por inconstitucionalidad la competencia de la justicia militar para conocer de casos en que la víctima fuera un civil. Este caso evidencia la plena aplicabilidad del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, realizando un ejercicio complejo y comprensivo de todos los elementos del juicio de convencionalidad.

²⁷⁶ *Ibidem*, considerando 50.

En este caso, el recurrente solicitaba la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5 inc. 1 y 3 del Código de Justicia Militar (que fijan la competencia de la magistratura militar), por estimar que eran contrarios, entre otros, a su derecho a las garantías judiciales y protección judicial, vulnerando los estándares fijados en la jurisprudencia interamericana en el caso Palamara vs. Chile²⁷⁷, donde la Corte IDH indicó que la justicia militar sólo puede investigar, procesar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense.

Para resolver el caso, el Tribunal Constitucional indica que entenderá por reiterados los criterios asentados en el voto suscrito por los Ministros Vodanovic, Fernández, Carmona, García y Romero en la sentencia rol 2363-2012²⁷⁸. En dicho voto (emitido en un contexto similar donde se impugnaba la constitucionalidad de la jurisdicción militar), los ministros indican que para resolver el asunto debe tomarse en consideración que existen “nuevos estándares y una obligación impuesta al Estado de Chile”²⁷⁹. Dentro de estos estándares, los Ministros se refieren expresamente a los criterios asentados en el caso Palamara Iribarne vs. Chile. Asimismo, se refieren al fundamento

²⁷⁷ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

²⁷⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia de 14 de enero de 2014, rol 2363-2012.

²⁷⁹ *Ibidem*, voto de los ministros Vodanovic, Fernández, Carmona, García y Romero, considerando 13.

constitucional de los estándares invocados, refiriéndose a la norma de reenvío del artículo 5 de la Constitución²⁸⁰.

Junto con hacer alusión al voto de los Ministros en la causa indicada, la sentencia en comento parte de una consideración fundamental para esta tesis, a saber, que la incorporación de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales a través de la noción de bloque de constitucionalidad puede realizarse ya sea considerando a los derechos de fuente internacional como parámetro de constitucionalidad o como elemento interpretativo a partir del mandato del artículo 5 de la Constitución Política de la República:

“Que en la fundamentación del requerimiento se ha invocado el mandato constitucional del artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Política, que consagra el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En la especie, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

“Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que **se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante** en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política²⁸¹.

Esta interpretación dada por el Tribunal Constitucional es particularmente relevante para el ejercicio del control de convencionalidad y su fundamento en la praxis constitucional, pues se reafirma que con independencia de la tesis que

²⁸⁰ *Ibidem*, considerando 21.

²⁸¹ Tribunal Constitucional. Sentencia de 6 de mayo de 2014, rol 2493-2013, considerandos 6 y 7. El destacado es propio.

se adopte acerca de la jerarquía de los derechos de fuente internacional, éstos constituyen un parámetro para realizar el control de constitucionalidad, lo que posibilita el ejercicio de control de convencionalidad por parte del TC. El bloque de constitucionalidad como parámetro de regularidad constitucional (que incorpora a la norma internacional como fundante del bloque) permite la labor simultánea de control de convencionalidad y constitucionalidad, dotando de una fuerza normativa directa a los tratados sobre derechos humanos; mientras que la consideración del bloque como herramienta hermenéutica permite el ejercicio de convencionalidad –si bien no como parámetro directo- como baremo sustantivo al dotar de contenido y alcance a los derechos constitucionales. En ambos casos el control de convencionalidad surte efectos que permiten a la magistratura velar porque la aplicación de normas no sea contraria a las obligaciones internacionales.

Otro aspecto relevante de la sentencia es que incorpora la jurisprudencia de la Corte IDH como elemento a tomar en consideración respecto a las obligaciones del Estado:

“Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **intérprete auténtico de la aludida convención**, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que sólo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense²⁸².

El TC reconoce a la Corte IDH como intérprete auténtica de la Convención, lo que convierte a sus estándares en guías interpretativas de las obligaciones que

²⁸² *Ibidem*, considerando 8.

consagra. Asimismo, junto con realizar el control de convencionalidad en este caso concreto (declarando inaplicable la jurisdicción militar en casos en que la víctima sea un civil a la luz de las obligaciones internacionales del Estado), indica que el fallo es, además, una forma de dar cumplimiento parcial a la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Palamara:

“Que, al decidir de esta forma una acción singular, esta Magistratura entiende contribuir – en el ámbito de su competencia- al cumplimiento del deber impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Chile para adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar”²⁸³.

De esta forma, el TC asume que el ejercicio del control de convencionalidad también puede ser una forma de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH, tal como lo indicó la Corte en el *caso Radilla Pacheco*.

Finalmente, cabe destacar que al momento de declarar la inaplicabilidad, el TC entiende vulnerado directamente el artículo 8 de la CADH, lo que significa que en este caso, la norma internacional integró el bloque como baremo de constitucionalidad:

“Que, a la luz de tales antecedentes, no cabe duda que la aplicación conjunta de los preceptos impugnados provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez competente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, **con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** y en el artículo 19, N°3, de la Constitución Política de la República”²⁸⁴.

²⁸³ *Ibíd*em, considerando 12.

²⁸⁴ *Ibíd*em, considerando 9. El destacado es propio.

Como indicaba al comienzo, este caso refleja un ejercicio de convencionalidad complejo y que abarca todos los elementos que deben guiar su ejercicio. En primer lugar, sobre la base de la noción de bloque de constitucionalidad se amplía la base normativa en virtud de la cual se realiza el ejercicio de convencionalidad, incorporando además a este bloque la jurisprudencia de la Corte IDH. Luego, se contrasta la normativa interna a la luz de las obligaciones internacionales en la materia y, finalmente, se declara inaplicable la norma en el caso concreto. Además, el ejercicio del control de convencionalidad en este caso le permite cumplir con lo dispuesto por la Corte IDH en un caso concreto.

3.1.3 Oportunidades perdidas

Pese a que se pueden destacar elementos positivos para configurar un escenario esperanzador para el ejercicio del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la luz de los casos reseñados precedentemente, persisten casos desalentadores que ilustran que si bien ha existido una evolución en la jurisprudencia constitucional, la tesis sobre la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales y una interpretación que desconoce los estándares fijados en la jurisprudencia interamericana, ha impedido en algunos casos este ejercicio. A continuación expongo un ejemplo de lo que denomino “oportunidades perdidas”²⁸⁵.

²⁸⁵ Otro ejemplo desalentador lo constituye la sentencia rol 986-2007 o “caso Aarón Vásquez”, donde el Tribunal Constitucional consideró que el derecho al recurso no es parte del debido proceso y desconoció los estándares de la Corte IDH fijados en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa

En el caso roles acumulados 2387-2012 y 2388-2012²⁸⁶ un grupo de diputados solicitó la inconstitucionalidad de la denominada “Ley de Pesca”²⁸⁷, por contravenir –entre otras disposiciones- las normas del Convenio N°169 de la OIT referidas a la obligación de realizar una consulta previa (artículo 6 N°1). La solicitud fue rechazada por el Tribunal Constitucional, reiterando su doctrina acerca del rango de los tratados sobre derechos humanos. Junto con ello, el TC abandonó su tesis sobre la autoejecutabilidad de las normas del Convenio 169 de la OIT y otorgó un alcance más restrictivo al derecho a consulta, en contravención a las obligaciones internacionales.

En efecto, tras reiterar su tesis sobre la jerarquía sobre los derechos humanos consagrados en textos internacionales, señala:

“Que lo anterior resulta esencial de tener presente [jerarquía infraconstitucional de los tratados de derechos humanos en Chile según la tesis del Tribunal Constitucional], pues si bien este mismo Tribunal, en sentencias recaídas en los roles N°s 309 y 1050, ha calificado al artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, que consagra el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, como una **norma autoejecutable o self-executing**, ello debe conciliarse con la modalidad abierta con que están redactadas, en general, las normas de los tratados internacionales, **lo que posibilita diversas interpretaciones de aplicación, en el derecho interno**, de los parámetros conceptuales que ellas contienen [...]

Rica”. Este caso es analizado con detención por Humberto Nogueira en: NOGUEIRA, H. 2013, op.cit., p. 13-54.

²⁸⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia de 23 de enero de 2013, roles acumulados 2387-2012 y 2388-2012.

²⁸⁷ “Modifica, en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley 18.892 y sus modificaciones” boletín N°8091-21.

“Que en esa dirección esta Magistratura desea señalar que esa necesidad urgente de regular el procedimiento de consulta se debe hacer en el marco de los claros criterios establecidos respecto de su vigencia, jerarquía, naturaleza jurídica y características, enunciados en sentencia de 4 de agosto de 2000 (Rol 309) y luego reiterados en sentencia de 24 de junio de 2011 (Rol 1988). Ahí se precisó que se trata de una consulta diversa a la prevista en la Ley Indígena; que no implica ejercicio de la soberanía; que no importa una negociación obligatoria **sino una forma de recabar opinión**; que no tiene carácter vinculante ni afecta las atribuciones privativas de las autoridades constitucionales. Finalmente, se destacó que resultaba plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Constitución y la radicación del ejercicio de la soberanía prevista en su artículo 5^o”²⁸⁸.

De la argumentación del TC en este caso se pueden identificar a lo menos tres problemas para el ejercicio de control de convencionalidad.

En primer lugar, en virtud de la tesis de la jerarquía infraconstitucional de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, sostiene que no es posible realizar un control de constitucionalidad sobre la base de infracción a estas normas. Sin embargo, aun siguiendo esta tesis, no existe imposibilidad de realizar el control, considerando que el TC a través de la figura del bloque de constitucionalidad ha demostrado apertura a incorporar derechos implícitos a partir de una lectura interpretativa de los tratados sobre derechos humanos (como en el caso del derecho a la identidad). Como indica GALDÁMEZ, aquí no estábamos frente a un problema de jerarquía normativa, sino de dónde

²⁸⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia de 23 de enero de 2013, roles acumulados 2387-2012 y 2388-2012, considerandos 19 y 24.

entendemos que emanan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento²⁸⁹.

Por otra parte, el TC sostiene que en el derecho interno es posible realizar “diversas interpretaciones” de aplicación de los parámetros que dictan las normas internacionales. Dicha aproximación es correcta, pero la única hipótesis válida para apartarse de la interpretación que respecto de las normas internacionales han realizado los organismos internacionales de protección, es que la interpretación que otorgue el juzgador nacional sea más protectora (en conformidad al principio pro persona). En este caso, el estándar que fija el TC es abiertamente contrario al desarrollo jurisprudencial del derecho a la consulta fijado por la Corte IDH y es más restrictivo del derecho. En efecto, es superficial el estándar que fija, ya que si bien la consulta no otorga un derecho a veto, en ningún caso es “una forma de recabar opinión”²⁹⁰.

²⁸⁹ GALDÁMEZ, L. 2013. Comentario jurisprudencial. La consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre ley de pesca, roles 2387-2012 CPT y 2388-2012 CPT acumulados. Revista de Estudios Constitucionales, 11 (1):624.

²⁹⁰ “La Corte ha establecido que para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados”. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de

Finalmente, la exhortación que se hace al legislador para regular el procedimiento de consulta, no puede ser una excusa para que se desconozca la aplicación de obligaciones internacionales del Estado. Como he explicado reiteradamente, los Estados no pueden alegar la existencia (o no) de disposiciones de derecho interno para dejar de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

El razonamiento del Tribunal Constitucional en este caso, asilado en una doctrina insuficiente para no dar cumplimiento al control de convencionalidad, trajo como consecuencia que la Ley de Pesca se aprobara sin haber sido consultada con los pueblos indígenas potencialmente afectados por la regulación, incumpliendo de esta forma con el mandato impuesto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

3.1.4 Conclusiones acerca del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Existe una evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha ido incorporando progresivamente diversos elementos del juicio de convencionalidad para finalmente concluir en la sentencia rol 2494-2014 sobre inaplicabilidad del fuero militar que realiza un ejercicio completo de control de convencionalidad. En este ejercicio, el TC amplía la base normativa sobre el cual realiza el control, utilizando el concepto “bloque de constitucionalidad”, considera la jurisprudencia de la Corte IDH y, finalmente, adopta una decisión

Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 177.

que permite dar efectividad al derecho al debido proceso y acceso a la justicia de las víctimas. Pese a esta evolución, donde se ha avanzado desde la simple enunciación de los tratados internacionales como refuerzo argumentativo, hasta el reconocimiento de la Corte IDH como intérprete válida de la CADH, no es posible sostener la existencia de un reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de una obligación de realizar este control, como tampoco de una aplicación generalizada, considerando también que aún existen resabios de una aplicación extremadamente restrictiva del control cuando vemos aplicada la pretérita doctrina de la infraconstitucionalidad de los derechos humanos de fuente internacional.

Pese a estas dificultades, el escenario que plantea la última sentencia del TC es positivo para avanzar hacia la plena incorporación de la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia constitucional, ya que aun cuando se persista en la tesis de la jerarquía, el bloque de constitucionalidad como parámetro hermenéutico permite dotar de contenido y alcance a los derechos constitucionales y así efectuar un control de constitucionalidad que dé como resultado una decisión conforme a los estándares internacionales.

3.2 Corte Suprema

A diferencia del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido más receptiva para incorporar el ejercicio de control de convencionalidad. Esto, porque ya desde el año 2004 la Corte Suprema ha

evidenciado una tendencia jurisprudencial que sostiene que los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional, al ser límites a la soberanía y al propio poder constituyente²⁹¹, y en atención a que en el ejercicio de sus competencias, la Corte Suprema ha tenido que resolver casos relacionados con violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos perpetradas en la dictadura militar, donde la utilización de estándares internacionales como parámetro de evaluación del actuar del Estado ha sido determinante para la resolución de los conflictos.

Este escenario ha sido más propicio para que la Corte Suprema realice control de convencionalidad. A continuación analizaré los casos más relevantes donde la Corte Suprema ha aplicado este control, destacándose principalmente aquellos casos relacionados con violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos²⁹².

4.2.1 Acerca de la obligación de realizar control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema

²⁹¹ KÜNSEMULLER, C. 2014. La aplicación del control de convencionalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema. En: NOGUEIRA, H. (Coord.) op.cit, p. 349.

²⁹² He centrado mi análisis en este tipo de casos por dos motivos: 1) en primer lugar, porque la Corte Suprema posee la competencia exclusiva del conocimiento del recurso de casación en el fondo, instancia donde han llegado gran parte de los casos relacionados con violaciones masivas y sistemáticas, definiéndose allí el resultado definitivo de los asuntos y, 2) porque es donde se ha evidenciado una mayor aplicación del control de convencionalidad. Ello no obsta a que en otras materias relacionadas con derechos humanos la Corte Suprema no haya realizado control de convencionalidad. Solo con el objeto de ilustrar que la Corte Suprema respecto de otras materias también ha ejercido este control, al finalizar el apartado reseñaré un par de casos que dan cuenta de una aplicación transversal.

A diferencia del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema se ha referido expresamente al deber de los jueces de realizar control de convencionalidad. Si bien es una labor que ha realizado la Corte Suprema desde hace varios años (principalmente en casos vinculados con violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos), no es sino hasta el año 2013 donde encontramos una sentencia que se refiere directamente al deber de los jueces de realizar un control de convencionalidad²⁹³.

Esta sentencia corresponde a la 9031-2013²⁹⁴, en que a la Corte Suprema le tocó determinar si se cumplían los requisitos para otorgar la extradición de un ciudadano boliviano que era requerido por la República de Argentina. La defensa del requerido alegó que no se cumplían con los requisitos del artículo 449 del Código Procesal Penal, al no existir fundamento serio para conceder la extradición, al omitirse la asistencia consular al imputado y al haberse realizado una detención irregular.

Al analizar el requerimiento, la Corte Suprema inicia su argumentación refiriéndose a la obligación de los/as jueces/zas de realizar control de convencionalidad, desarrollando extensamente su concepto, función y

²⁹³ Hasta la fecha de término de esta investigación sólo se identifica una sentencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema que desarrolla expresamente esta doctrina. Si bien hay otras sentencias que se refieren a esta temática, la alusión al control de convencionalidad se encuentra en el razonamiento de los jueces y juezas al emitir votos disidentes. Véase, por ejemplo: Corte Suprema. Sentencia de 17 de diciembre de 2013, rol 12418-2013, voto disidente del Ministro Sergio Muñoz.

²⁹⁴ Corte Suprema. Sentencia de 19 de noviembre de 2013, rol 9031-2013.

fundamento. En primer lugar, se refiere al rol del juez respecto del respeto y garantía de los derechos humanos:

“Que efectivamente **todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales** de los imputados que comparecen ante él, en todos los trámites previos de la actuación policial, como de investigación, instrucción y juicio, además de prestarles reconocimiento y eficacia en sus determinaciones. Es el control de constitucionalidad y convencionalidad”²⁹⁵

La Corte Suprema reconoce de esta forma que la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos en el proceso es labor del juez y que esto se concreta a través del control de constitucionalidad y de convencionalidad. Luego, indica que el control de convencionalidad es una obligación que emana de los compromisos internacionales que ha asumido el Estado en materia de derechos humanos.

“La función que le corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, deben velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los Estados por el hecho de ser partes del sistema internacional. Lo anterior constituye una **obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales**, especialmente sus instancias superiores. La consecuencia inmediata es la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, **en los tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario y ius cogens**, dándole aplicación directa a sus disposiciones, como profundizar su contenido mediante una interpretación que atienda a los motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que las inspiran, de manera sistemática conforme a las circunstancias de contexto y específicas del caso [...]”²⁹⁶.

²⁹⁵ *Ibidem*, considerando 12. El destacado es propio.

²⁹⁶ *Ibidem*. El destacado es propio.

Acá la Corte Suprema hace tres precisiones que me parece relevante destacar: en primer lugar, indica que la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos es consustancial al ejercicio de la jurisdicción, lo que da cuenta de lo que he señalado respecto a que el control de convencionalidad encuentra su fundamento la concretización del mandato de garantía para toda autoridad pública. En segundo lugar, se refiere expresamente a la labor del control de convencionalidad como una manifestación de las funciones conservadoras de los tribunales de justicia y, en tercer lugar, no sólo reconoce como parámetro de convencionalidad a los derechos consagrados en los tratados internacionales (no se refiere únicamente a la CADH, sino que menciona a los tratados sin distinción), sino también a la costumbre internacional y a las normas de *ius cogens*. Esta última afirmación es importante pues confirma que el fundamento del contenido del parámetro de convencionalidad está en su configuración sustancial como límite a la actividad del Estado, conformando un *corpus iuris* de protección.

Finalmente, la Corte Suprema desarrolla los elementos que conforman, en su concepción, el juicio de convencionalidad:

“Los aspectos centrales del control de convencionalidad comprende: a) Considerar **todo el sistema de fuentes del derecho**, tanto en sus aspectos sustantivos, procesales e interpretativos vinculados a los derechos y garantías fundamentales, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; b) Actividad que está relacionada con los presupuestos de validez y necesaria efectividad de las determinaciones que se pronuncien, de lo contrario generan responsabilidad internacional del Estado, por lo cual corresponde

desarrollarla **de oficio dentro de sus competencias**, en aspectos procesales y sustantivos, otorgándole a las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos un libre, pleno e igualitario efecto que **no sea anulado por aplicación de otras normas jurídicas contrarias al objeto y fin** de aquellas, adoptando para ello todas las medidas necesarias, y c) Reconocer a los **tribunales nacionales que son el garante natural, principal y primero que es llamado a reprimir, privando de valor y eficacia a los actos contrarios a los derechos fundamentales**, en que los órganos jurisdiccionales internacionales tienen en la materia un carácter supletorio, subsidiario y complementario.

Lo anterior se desprende especialmente de lo dispuesto en los artículos 1º, 5º, 6º, 7º y 19 de la Constitución Política de la República, como de los artículos 1º, 8º, 25, 66, 67 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2º, 5º y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales²⁹⁷.

De esta forma, la Corte incorpora todos los elementos que conforman el juicio de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana y agrega otras precisiones. Pese a que no hace referencia expresa al valor de la jurisprudencia internacional como parámetro de convencionalidad, sí se refiere a que este parámetro está compuesto por “todas las fuentes del derecho”, que en virtud del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, incorpora las resoluciones judiciales como medio auxiliar de la determinación de las reglas de derecho. En cuanto a otros elementos incorporados, resulta relevante destacar que la Corte Suprema hace alusión a la necesidad de que el control de convencionalidad se realice tanto respecto de aspectos sustantivos como procesales, pues le da un efecto útil a su uso como mecanismo de garantía, considerando que la vulneración de aspectos procesales también

²⁹⁷ Ídem. El destacado es propio.

puede implicar una vulneración de derechos humanos. Finalmente, la Corte Suprema indica que el control de convencionalidad es una labor primaria de los tribunales nacionales, lo que confluye con lo que he señalado en cuanto a la interacción que existe entre el control de convencionalidad interno y externo.

Además de referirse a las bases normativas en que se funda el control de convencionalidad que analicé precedentemente, incorpora los artículos 7 y 19 de la Constitución Política de la República. El artículo 7, en este caso, tiene sentido en cuanto permite reafirmar el argumento de la Corte Suprema respecto a que el control de convencionalidad debe realizarse en el marco de las competencias del juzgador, mientras que el artículo 19 adquiere sentido en cuanto forma parte del bloque de derechos fundamentales que debe tener en consideración el juzgador al momento de realizar el control de convencionalidad (la normativa nacional e internacional, como indica la Corte, forman un todo unificado de protección).

En el caso concreto en que la Corte Suprema incorporó estos razonamientos, desestimó los argumentos de la defensa, indicando que respecto del requerido de extradición no se habían vulnerado las garantías alegadas.

Teniendo claro que este constituye el primer caso en que la Corte Suprema se refiere expresamente a la obligación de realizar el control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales, no es posible sostener que exista una “doctrina” de la Corte Suprema respecto al contenido y alcance del control de

convencionalidad. Sin embargo, considerando que estos razonamientos provienen de la máxima magistratura del país, que incorporan todos los elementos del juicio de convencionalidad y que se incluye expresamente la base normativa para su ejercicio, nos encontramos ante un escenario fértil para el progresivo desarrollo de esta doctrina en la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los demás tribunales nacionales.

3.2.1 Control de convencionalidad y violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos

Como señalaba precedentemente, la mayoría de los casos de ejercicio de control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema están constituidos por situaciones de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos perpetradas en la dictadura militar. La jurisprudencia en esta materia ha abarcado tres ámbitos: a) imprescriptibilidad de la acción penal en crímenes de lesa humanidad; b) inaplicabilidad del D.L de Amnistía y; c) imprescriptibilidad de la acción de reparación²⁹⁸. A continuación, revisaré cada uno de estos ámbitos para identificar de qué manera operó el control de convencionalidad y sus fundamentos.

a. Imprescriptibilidad de la acción penal y aplicación de los Convenios de Ginebra

²⁹⁸ Análisis sobre casos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en: FERNÁNDEZ, K. 2010. Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos, cometidos durante la dictadura militar. Revista de Estudios Constitucionales, 8 (1): 467-488 y; KÜNSEMÜLLER, C., 2014, op.cit.

Ejemplo paradigmático de la aplicación del control de convencionalidad en la jurisprudencia chilena, los constituyen los casos donde se hace aplicación directa de los Convenios de Ginebra en casos de violaciones masivas y sistemáticas, con la consecuencia de dejar sin aplicación las normas comunes de prescripción de la acción penal.

En el caso del secuestro calificado de Rudy Cárcamo Ruiz²⁹⁹, la Corte Suprema razona sobre la base de la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra en Chile. Para sostener que son aplicables, analiza el contexto en que ocurrieron los hechos, afirmando su aplicación por encontrarse Chile en un “conflicto armado no internacional”:

“Que en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrió el hecho ilícito que da origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna, lo que es suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3° común para los Convenios de Ginebra [...]"³⁰⁰.

Una vez que determina que estos Convenios son aplicables, analiza las obligaciones que estos Convenios imponen al Estado de Chile:

“Que, por consiguiente, resultan plenamente aplicables al secuestro cometido en la persona de Cárcamo Ruiz, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, antes citados, que en su artículo 3° común a todos ellos, obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario de las personas que no participen directamente en las hostilidades [...] Asimismo, ese instrumento internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las

²⁹⁹ Corte Suprema. Sentencia de 24 de mayo de 2012, rol 288-2012.

³⁰⁰ *Ibíd.*, considerando 11.

medidas legislativas necesarias **en orden a fijar las adecuadas sanciones penales** que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de perpetrar, cualquiera de las contravenciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerla comparecer ante sus propios tribunales y a tomar las providencias indispensables para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo [...] En el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber, el homicidio intencional, las torturas o tratos inhumanos, el atentar gravemente contra la integridad física o la salud, las deportaciones, los traslados ilegales y la detención ilegítima³⁰¹.

Finalmente, sobre la base de lo razonado precedentemente y el análisis de la evolución del derecho internacional en la materia, concluye que estos ilícitos no pueden quedar en la impunidad y son imprescriptibles:

“Que en la medida que los acontecimientos pesquisados configuran crímenes contra la humanidad, de ellos deviene como lógico corolario la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que los ilícitos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar.

“Que, en armonía con ello y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio **son imprescriptibles, desde que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos** para el cual es inadmisibles la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y la sanción, en su caso, de los responsables”³⁰².

El razonamiento de la Corte Suprema en este caso constituye un ejercicio de control de convencionalidad, pues el juzgador realiza un reconocimiento expreso de las obligaciones que imponen las normas internacionales y sobre esa base, contrasta estas obligaciones con la sentencia recurrida. La Corte de Apelaciones había accedido a aplicar la media prescripción y otorgar beneficios

³⁰¹ Ibídem, considerando 12.

³⁰² Ibídem, considerandos 16 y 17.

de reducción de condena a los culpables de los ilícitos. En este sentido, la Corte Suprema -en cumplimiento del mandato internacional- decide no aplicar las normas de prescripción, con el objeto de cumplir las obligaciones internacionales en la materia. AGUILAR destaca a este caso como un ejemplo de un ejercicio de control de convencionalidad explícito, al existir un reconocimiento expreso por parte del juez nacional a la norma convencional y a la interpretación de autoridad que está utilizando³⁰³.

En este caso, el control de convencionalidad opera sobre la base de descartar la aplicación de la norma interna con el objeto de dar cumplimiento al mandato convencional. La base del razonamiento de la Corte Suprema se encuentra en las obligaciones que consagran los Convenios de Ginebra³⁰⁴.

Mismas consideraciones realiza la Corte Suprema en el caso sobre el secuestro calificado de Miguel Ángel Sandoval³⁰⁵, donde además precisó el fundamento de la aplicación preferente de los Convenios de Ginebra:

“Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios [de Ginebra], la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, **quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de**

³⁰³ AGUILAR, G. 2012. El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 de mayo de 2012. Revista de Estudios Constitucionales, 10(2): 717-750.

³⁰⁴ Véase sentencias en el mismo sentido: Corte Suprema. Sentencia de 17 de marzo de 2007, rol 3125-2004; sentencia de 5 de mayo de 2011, rol 4915-2009 y; sentencia de 18 de junio de 2012, rol 12566-2011.

³⁰⁵ Corte Suprema. Sentencia de 17 de noviembre de 2004, rol 517-2004.

sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales **deben cumplirse de buena fe**. Y en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”³⁰⁶.

El fundamento de aplicación preferente de los Convenios de Ginebra se basa en que constituyen límites a la soberanía del Estado por garantizar derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Aunque la Corte no lo explicita, esta argumentación manifiesta que la Corte Suprema funda la posibilidad de realizar el control de convencionalidad en los artículos 5 de la Constitución (derechos como límite a la soberanía) y en el artículo 26 de la CVDT (al referirse a la buena fe con que deben cumplirse los tratados internacionales).

Un caso que marcó un hito en este ámbito fue el denominado caso “Molco”³⁰⁷. En esta causa, la Corte Suprema descarta la aplicación de las normas sobre la prescripción de la acción penal, considerando no solo las normas contenidas en tratados internacionales, sino también normas de *ius cogens* y la jurisprudencia de la Corte IDH.

En primer lugar, la Corte Suprema destaca que al encontrarse Chile en un “conflicto armado interno” le son aplicables las normas del Derecho

³⁰⁶ *Ibidem*, considerando 35. El destacado es propio.

³⁰⁷ Corte Suprema. Sentencia de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004.

Internacional Humanitario³⁰⁸. Luego, analiza el carácter de norma de costumbre internacional de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad:

“Que el Derecho Internacional Convencional, advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno de los Estados, relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues puede impedir el enjuiciamiento y castigo de los responsables de esos crímenes, estimó necesario legislar en ese nivel, asentando el principio de imprescriptibilidad de esa categoría de crímenes nefastos, a través de la denominada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución N° 2.391 (XXIII), de 26.11.1968, en vigor desde el 11.11.1970, pero no ratificada por Chile. Entre los crímenes declarados imprescriptibles, la Convención cita, en su artículo I, las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra, anteriormente aludida.

“Que, si bien la norma convencional citada no se encuentra vigente en Chile, nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí pueda vincular al Estado, en la medida que concurren los elementos que permiten acreditar la existencia de una costumbre jurídica internacional, cuales son la práctica de los Estados como elemento material de ésta- y la opinio iuris internacional”³⁰⁹.

De esta forma, la Corte Suprema identifica que sí concurren los elementos que conforman la costumbre internacional, llegando a concluir que la penalización de crímenes de lesa humanidad es obligatoria³¹⁰. Para arribar a esta conclusión se refiere a la jurisprudencia de la Corte IDH asentada en el caso Barrios Altos:

“Que similar punto de vista había sido sustentado con anterioridad por la propia Corte Interamericana en el Caso Barrios Altos, al puntualizar que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de

³⁰⁸ *Ibidem*, considerando 8.

³⁰⁹ *Ibidem*, considerandos 12 y 13.

³¹⁰ *Ibidem*, considerando 19.

prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos (sentencia de 14.03.2.001, Serie C, N° 75, pár. 41)”³¹¹.

Luego de analizar la base normativa aplicable para este tipo de casos, se refiere a las obligaciones del Estado chileno respecto de las normas de derecho internacional, resaltando particularmente el artículo 27 de la CVDT y la posición de las normas sobre derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico, sentando las bases del fundamento del ejercicio del control de convencionalidad en el derecho interno:

“Que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha dictaminado que es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes, **las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado**, y que un Estado no puede invocar su propia Constitución, para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes.

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

Finalmente, realiza el ejercicio de control de convencionalidad propiamente tal, dando cuenta de la pugna que existe entre las normas de prescripción de la acción penal y las obligaciones internacionales del Estado:

“Que en cuanto la sentencia recurrida hace lugar a la petición de la defensa de los encausados Paulino Flores Rivas y Rufino Rodríguez

³¹¹ *Ibidem*, considerando 20.

Carrillo en orden a declarar prescrita la acción penal para perseguir el delito de homicidio premeditado objeto de este proceso, en base a lo previsto en los artículos 93, N° 6° y 94 del Código Penal, por haber transcurrido más de 15 años entre las fechas de consumación del hecho punible- 23 de diciembre de 1.973 - y la data de sus procesamientos -el 28 de enero de 2.002 [...], **pugna con el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad**, prevista en el artículo I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, disposición que se limita a declarar la vigencia de una norma consuetudinaria preexistente sobre la materia, que es independiente, de la entrada en vigor en el ámbito interno del tratado que la recoge y que vincula aun a los Estados que, como el nuestro, no forman parte del tratado, por tener su misma fuerza obligatoria. **Contradice también la aplicación de esos preceptos de la legislación interna, los artículos 1°, 3°, 147 y 148 de la Convención de Ginebra sobre Protección a las Personas Civiles en Tiempos de Guerra [...]**

“Que, igualmente, la exoneración de responsabilidades en virtud del instituto de la prescripción extintiva, con arreglo al Código Penal, **contraviene -como lo plantea la recurrente de casación- la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica [...]** en particular su artículo 1°, que obliga a los Estados Partes a respetar los derechos reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio, entre los cuales aquéllos ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter anteriores a su vigencia, según refiere el artículo 2°. El status de imprescriptibilidad del ilícito motivo de esta causa ya se encontraba consagrado con anterioridad a la Convención del modo descrito en la ponderación precedente, por lo cual su desconocimiento implica también vulneración de esta última [...].En consecuencia, al extender a los procesados la causal de extinción de responsabilidad penal de la prescripción, conforme a los artículos 93, N° 6° y 94 del Código Penal, en su relación con el artículo 433, N° 7° del Código de Procedimiento Penal, el sentenciador hizo una falsa aplicación de esta preceptiva, con infracción de los artículos 1° y 2° de la citada Convención Americana, que excluyen la procedencia de la señalada causal excluyente de responsabilidad, y que debieron recibir aplicación preferente”³¹².

En estos casos resulta claro que la Corte Suprema opta por no dar aplicación a la normativa nacional para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en

³¹² Ibídem, considerandos 27 y 28.

los Convenios de Ginebra, puesto que no existe posibilidad de interpretar conforme a los Convenios las normas sobre prescripción penal. La única interpretación posible es descartar su aplicación en este tipo de casos. Esta forma de ejercicio de control de convencionalidad corresponde al ejercicio del control de convencionalidad correctivo³¹³, pues busca enmendar la inadecuada aplicación de la ley en un caso concreto, prefiriendo dejarla sin aplicación para cumplir con sus obligaciones internacionales. Un factor común en los tres casos analizados es la invocación del artículo 5 (aunque no siempre explícitamente) del que se deriva la aplicación preferente de las normas de derechos humanos y de la CVDT en cuanto esta exige el cumplimiento de buena fe de los tratados internacionales y la imposibilidad de incumplirlo por la existencia de normas internas que lo impidan.

Resulta relevante destacar la utilización de normas de *ius cogens* y de la jurisprudencia de la Corte IDH como parámetro de convencionalidad, lo que da cuenta de una noción de bloque de convencionalidad complejo, cuyo contenido es sustantivo más que formal.

b. Aplicación del Decreto Ley de Amnistía³¹⁴

³¹³ He preferido utilizar esta terminología pues creo que expresa adecuadamente el ejercicio del control de convencionalidad en este tipo de casos, lo que se busca es “enmendar lo errado” con el objeto de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado.

³¹⁴ Sobre la temática véase: NOGUEIRA, H. 2005. D.L de Amnistía 2191 de 1978 y su armonización con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista de Derecho*, 18 (2): 107-130; FERNÁNDEZ, K. 2010, op.cit y; NASH, C. 2014, op.cit.

Otro aspecto relevante en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de la Corte Suprema, ha sido dejar sin aplicación el D.L 2191 sobre amnistía³¹⁵. Desde la dictadura militar hasta 1998, la jurisprudencia había sido uniforme respecto a la aplicación de la amnistía. Sin embargo, desde 1998 las Cortes comenzaron a no dar aplicación al decreto fundando sus fallos en principios y normas del DIDH³¹⁶.

Uno de los hitos más relevantes en este ámbito y que ha tenido influencia decisiva en la jurisprudencia nacional, lo constituyó el pronunciamiento de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano*. En este caso, la Corte se pronunció acerca de la compatibilidad del D.L 2191 con las obligaciones internacionales del Estado, a propósito de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano durante la dictadura militar. Tras la constatación de la situación de impunidad en este caso, por la aplicación de la autoamnistía, la Corte IDH señaló:

“Las Leyes de amnistía con las características descritas [...] conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional

³¹⁵ Decreto Ley No. 2191 de 19 de abril de 1978. Este decreto, en su artículo primero señala: “Concédase amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”.

³¹⁶ MATUS, J. 2006. Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre aplicación jurisprudencial de decreto ley 2191 de amnistía, de fecha 19 de abril de 1978. *Revista Ius et Praxis*, 12: 275-296.

del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile”³¹⁷.

Además de constatar la incompatibilidad del decreto con las obligaciones internacionales del Estado, la Corte IDH destaca que la responsabilidad internacional del Estado no solo recae en el Poder Legislativo y que las obligaciones que impone la CADH también alcanzan al Poder Judicial, naciendo así la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, como vimos en el capítulo I³¹⁸.

Si bien el ejercicio de control de convencionalidad respecto del D.L de Amnistía se realizaba con anterioridad a la dictación de la sentencia de la Corte IDH³¹⁹, me referiré a los casos posteriores conocidos por la Corte Suprema, con el objeto de identificar si el razonamiento realizado por la máxima magistratura se guía por los lineamientos interamericanos³²⁰.

Al igual que en los casos analizados en el apartado anterior, en estos casos, la Corte Suprema inicia su análisis constando que en la época de ocurrencia de los hechos, existía en Chile un conflicto armado no internacional, lo que habilita

³¹⁷ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, op.cit, párr.119.

³¹⁸ *Ibíd*em, párr.123.

³¹⁹ Véase, MATUS, J. 2006, op.cit.

³²⁰ En estos casos, el ejercicio del control de convencionalidad constituye a su vez el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH. En dicha oportunidad, la Corte IDH le indicó al Estado de Chile que el D.L de Amnistía no podía seguir siendo un obstáculo para la investigación de hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos en Chile.

la aplicación de las normas de los Convenios de Ginebra. Asimismo, reitera el razonamiento acerca de la existencia de normas de *ius cogens* que declaran imprescriptible la persecución de los crímenes de lesa humanidad. Por tanto, declara que el Estado no puede incumplir los límites que se ha autoimpuesto y que la amnistía no puede ser aplicada. Así por ejemplo, en el caso rol 3125-2004 indica:

“Que, desde luego, en virtud del ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar las infracciones penales que se realicen y que estén sometidas a su potestad. Empero si ha limitado su propio poder respecto de ciertos injustos en un compromiso internacional, como en el evento en examen, no puede soberanamente sobrepasar dicho límite autoimpuesto y contrariar, de ese modo, el orden nacional y universal ni menos burlar los tantas veces mencionados Convenios, suscritos y ratificados por Chile, incumpliendo las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos, dado que no es justificable que vinculado mediante ellos, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

“Que en esta perspectiva, la llamada ley de amnistía puede ser claramente incardinada como un acto de autoexoneración de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos, pues se dictó con posterioridad a ellos, por quienes detentaban el poder durante y después de los hechos, garantizando de esta manera, la impunidad de sus responsables. Conculcando así el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra.

“Que, por ende, **el Decreto Ley N° 2.191, de mil novecientos setenta y ocho, debe ser interpretado en un sentido conforme con los Convenios de Ginebra, por lo que es inexecutable respecto a las contravenciones graves** contra los derechos esenciales determinados en ellos y cometidos en nuestro país durante su vigencia”³²¹.

A este respecto es aún más claro el considerando 38 de la sentencia comentada:

³²¹ Corte Suprema. Sentencia de 13 de marzo de 2007, rol 3125-2005, considerandos 23, 24 y 25. El destacado es propio.

“Que la obligación estatal que dimana de la Constitución, de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y de los Principios Generales de Derecho Internacional Humanitario, existía bajo nuestra Carta Fundamental de mil novecientos veinticinco, pues Chile al igual que hoy era un Estado Constitucional de Derecho, y le era exigible la congruencia de aquélla con los aludidos acuerdos multilaterales y axiomas. Por lo que el legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y si bien podría dictarla, prescribiendo disposiciones contrarias a este o que hiciesen imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una contravención al ordenamiento internacional. No puede ser de otra manera, en especial respecto de los tratados en materia de derechos humanos, ya que éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida en que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos bi o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados parte sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona. Los Estados parte por tal reconocimiento constituyen una autolimitación a su soberanía, No pueden, por tanto, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos [...] Este corolario, es el único posible aún ante la inexistencia de derecho convencional en la materia, pues la consideración de los hechos como crímenes de lesa humanidad genera en cada Estado miembro de la comunidad internacional la obligación de juzgar y castigar a sus autores, en tanto delitos lesionadores de valores que la humanidad no duda en calificar como esenciales y constitutivos de la persona. En consecuencia, en este caso por su contradicción con instrumentos internacionales que impedían la dictación de una norma de esa naturaleza, las disposiciones que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, prohibidas por contravenir aquellos de carácter inderogable reconocidos por el derecho internacional humanitario, como es el caso del Decreto Ley N° 2.191, sobre amnistía de mil novecientos setenta y ocho, **carecen de efectos jurídicos**”³²².

La declaración de que el D.L 2191 carece de efectos jurídicos es la manifestación concreta del ejercicio del control de convencionalidad en este

³²² Ibídem, considerando 38. En el mismo sentido: Corte Suprema. Sentencia de 18 de agosto de 2009, rol 921-2009; sentencia de 24 de septiembre de 2009, rol 8113-2008; sentencia de 29 de septiembre de 2009, rol 3378-2009; sentencia de 20 de febrero de 2010, rol 1369-2009; sentencia de 14 de marzo de 2009, rol 5279-2009 y; sentencia de 8 de julio de 2010, rol 2596-2009.

caso. El razonamiento de la Corte Suprema recoge en plenitud lo señalado por la Corte IDH respecto a que si el legislador falla en su labor de crear y modificar normas en plena conformidad con las obligaciones internacionales, esto no obsta a que el Poder Judicial, concretizando su obligación de garantía, deje sin efecto normas contrarias al objeto y fin del tratado. Por las competencias que tiene la Corte Suprema, la declaración de privación de efectos jurídicos del D.L. de Amnistía opera solo para el caso concreto y con el fin de descartar su aplicación.

Más adelante en su razonamiento, la Corte Suprema precisa la base normativa sobre la cual realiza el control de convencionalidad, aludiendo no sólo al artículo 5 de la Constitución Política, sino también al artículo 1 y 19 N°26³²³.

Resulta interesante destacar que en este caso la Corte Suprema no solo se limita a realizar el control de convencionalidad en virtud de tres pasos analíticos (1. Determinación de la base normativa; 2. Contraste; 3. Declaración de inconvencionalidad), sino que también incorpora herramientas de interpretación relevantes para este ejercicio. Por una parte alude al denominado *principio pro persona*, en virtud del cual la Corte declara que “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensa, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más acotada cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los

³²³ *Ibidem*, considerando 39.

derechos”³²⁴ y al denominado “efecto útil” de la interpretación, que “impone el deber de preferir el sentido en que las normas jurídicas tengan efecto sobre aquel en que se les niegue eficacia”³²⁵. En este caso, las normas de derechos humanos invocadas por la Corte Suprema quedarían sin eficacia si se prefiriera una interpretación que propendiera a la aplicación del D.L 2191. Ambos principios corresponden a criterios hermenéuticos que deben guiar la aplicación de tratados internacionales y, por tanto, el ejercicio de control de convencionalidad³²⁶.

Pese a que el razonamiento de la Corte Suprema en estos casos sigue los lineamientos de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano*, llama la atención que no se haga referencia a esta sentencia en sus resoluciones como fundamento adicional a los esbozados en sus considerandos. Resultaría relevante que la Corte Suprema considerara la sentencia del caso *Almonacid*, pues no solo es un referente interpretativo, sino que al ser una sentencia respecto de Chile, su cumplimiento es obligatorio.

Finalmente, cabe señalar que esta doctrina ya se encuentra asentada en la jurisprudencia de la Corte Suprema, quien ante la invocación del D.L 2191 en fallos recientes, se limita a indicar que conforme a sus reiterados pronunciamientos, cuando se encuentra ante hechos que configuran un delito

³²⁴ *Ibíd*em, considerando 22.

³²⁵ *Ibíd*em, considerando 40.

³²⁶ Sobre estos principios interpretativos se profundizará en Capítulo III.

contra los derechos humanos, de los considerados de lesa humanidad, no se acepta la aplicación de la prescripción ni la amnistía³²⁷.

c. Procedencia e improcedencia de las acciones civiles³²⁸

La jurisprudencia nacional no sólo ha tenido que resolver los conflictos que se generan a propósito de la búsqueda de responsabilidades penales respecto de los crímenes de lesa humanidad perpetrados en la dictadura militar, sino también ha debido pronunciarse acerca de la procedencia de exigir reparaciones por el daño provocado producto de las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. En este ámbito, el debate se ha centrado en definir cuál es la base normativa que se debe aplicar para resolver los casos en que se demanda la reparación por las violaciones a los derechos humanos ocurridas bajo la dictadura militar. En este punto, la jurisprudencia ha sido diversa.

Por una parte, se ha sostenido que la normativa a aplicar frente a acciones relativas a la reparación por violaciones de derechos humanos, es la normativa civil común, principalmente las normas referidas a la extinción de las obligaciones (prescripción). En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que no es posible perseguir la reparación del daño generado por las violaciones a los derechos humanos perpetradas en dictadura, pues la acción estaría

³²⁷ Véase, por ejemplo: Corte Suprema. Sentencia de 21 de agosto de 2014, rol 4911-2013.

³²⁸ La relación de casos realizados en este apartado se basa en el libro de NASH, C. 2014, op.cit, donde esta autora participó como colaboradora en la búsqueda de jurisprudencia y en la edición del texto.

prescrita conforme a las reglas civiles. Esta línea jurisprudencial resalta que no existiría un estatuto jurídico nacional ni internacional que disponga la imprescriptibilidad genérica de las acciones destinadas a reparar el daño por violaciones a los derechos humanos³²⁹.

La otra postura señala que en estos casos se deben aplicar preferentemente las normas constitucionales que se remiten a las normas internacionales en materia de responsabilidad internacional y la obligación de reparar. La base de toda la argumentación de los tribunales de justicia respecto a la procedencia de las indemnizaciones en estos casos, es que se reconoce el carácter de *ius cogens* de la obligación de reparar y se le da aplicación preferente a la normativa internacional, de manera de cumplir con las obligaciones internacionales y hacer una aplicación de buena fe de los tratados³³⁰.

En esta segunda postura se evidencia un ejercicio complejo de control de convencionalidad que no solo toma en consideración las normas internacionales sobre derechos humanos, sino también la jurisprudencia interamericana. Un ejemplo relevante de este ejercicio se evidenció en el fallo del caso del “Episodio Juan Soto Cerda”³³¹.

³²⁹ Véase: Corte Suprema. Sentencia de 27 de diciembre de 2006, rol 6049-2005; sentencia de 27 de abril de 2011, rol 254-2009; sentencia de 28 de octubre de 2008, rol 2152-2007, de 28 de octubre de 2008 y; sentencia de 21 de enero de 2013, rol 2182-1998.

³³⁰ Corte Suprema. Sentencia de 8 de septiembre de 2008, rol 6308-2007 y sentencia de 14 de octubre de 2009, rol 5132-2008.

³³¹ Corte Suprema. Sentencia de 4 de septiembre de 2013, rol 3841-2012.

En primer lugar, la Corte Suprema reconoce que la fuente normativa en estos casos se encuentra en el DIDH:

“Que, tratándose de violación a los derechos humanos la fuente de la responsabilidad civil no se encuentra en el Código Civil aplicable a las relaciones entre particulares o de éstos contra el Estado en el plano interno sino en principios y normas del derecho internacional de derechos humanos [...]”³³².

La fuente de esta obligación para el Estado chileno se posibilita por la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que para la Corte Suprema incluye no solo los tratados internacionales sino también los derechos que “forman parte del acervo cultural de la comunidad”.

“La importancia de dichas ideas marco de carácter doctrinario radica en que se vinculan precisamente a la naturaleza civil del recurso y valoran la relevancia del tiempo y el tratamiento diferenciado que de él debe hacer el derecho en el ámbito evolutivo de los derechos humanos como ha ocurrido, por ejemplo, con la esclavitud, el derecho a voto y otras instituciones consentidas en otras épocas de la historia de la humanidad. Son, por otra parte, reflexiones congruentes con las normas y principios del Derecho Internacional Penal y de Derechos Humanos vigentes que si dejan de aplicarse a casos en que están llamadas a regir se produce su infracción acorde con la citada regla del artículo 5º de la Constitución Política de la República, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho Internacional, establece que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*. Disposición constitucional que coloca a tales derechos sobre la soberanía y el deber del Estado de respetarlos y promoverlos, no solo aquellos establecidos en la Constitución sino que todos los que forman parte del acervo cultural de la humanidad (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de 1980, sesión Nº 203), entre los que también ha de entenderse el de obtener una indemnización íntegra como la reclamada en estos autos.

“El derecho de las víctimas y de sus familiares a recibir la reparación compensatoria correspondiente implica la reparación de todo daño que

³³² Ibídem, considerando 3.

les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Chileno, conforme lo dispuesto en el recordado artículo 5º de la Constitución Política [...]”³³³.

En el desarrollo de la sentencia, la Corte Suprema hace alusión a las normas de la CADH que se refieren al deber de reparar (artículo 63)³³⁴ y a la jurisprudencia de la Corte IDH que ha asentado esta obligación³³⁵. Sobre la base de estas consideraciones, concluye que si se aplican las normas de prescripción del Código Civil habría una contradicción con las normas de DIDH:

“Que, por lo tanto, los preceptos de derecho interno sobre prescripción de corto tiempo de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios estimados infringidos tanto por el Fisco de Chile como por el representante de los acusados Corbalán, Sandoval y Astudillo en sus recursos, **no resultan atinentes por contradecir abiertamente las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, que protegen el derecho a la reparación íntegra que corresponde a sus titulares, víctimas y familiares de éstas.

“No debe olvidarse que la obligación indemnizatoria está originada por y para el Estado, tratándose de la violación de los Derechos Humanos, no sólo por la Constitución Política de la República, sino también por los Principios Generales del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos, **de tal suerte que las normas del derecho común interno se aplicarán sólo si no están en contradicción con esa preceptiva**”³³⁶.

De esta manera, la Corte Suprema realiza un control de convencionalidad al aplicar preferentemente el sistema normativo de origen internacional con el objeto de hacer compatible su resolución con las obligaciones que impone la CADH, lo que la lleva a sostener que “la responsabilidad del Estado por esta

³³³ *Ibíd*em, considerando 5.

³³⁴ *Ibíd*em, considerando 6.

³³⁵ *Ídem*.

³³⁶ *Ídem*. El destacado es propio.

clase de ilícito queda sujeta a reglas de derecho internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar disposiciones de derecho interno”³³⁷. En este caso, al igual que en los anteriores, el ejercicio de control de convencionalidad es correctivo, lo que implicó en este caso dar aplicación preferente a la normativa internacional, descartando la aplicación de normas internas. La Corte Suprema reitera en este caso que resulta imperativo el ejercicio de control de convencionalidad (esto último no explícitamente) en base al artículo 6 de la CPR: “el referido artículo 6º se encuentra comprendido en el capítulo denominado ‘Bases de la Institucionalidad’ por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la jurisdicción y contiene el imperativo categórico que se le impone al tribunal nacional en orden a descartar la aplicación de las normas que no se conformen o sean contrarias a la Constitución”³³⁸.

A diferencia de la jurisprudencia referida a la imprescriptibilidad de la acción penal y a la aplicación del D.L de Amnistía, en estos casos la jurisprudencia no es uniforme y como indiqué al comienzo de este apartado, ha fallado vacilantemente en ambos sentidos. La diferencia está marcada por el entendimiento (dependiendo de la composición de la sala) de las obligaciones que emanan del *ius cogens* y de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es decir, el problema no está en el valor jurídico de los tratados, sino

³³⁷ Ídem.

³³⁸ Ibídem, considerando 8.

en lo que ellos consagran como obligaciones³³⁹. En ese sentido, para resolver la controversia, resulta relevante acudir a la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección, quienes al ser los intérpretes auténticos de las Convenciones en cuestión, han definido el contenido y alcance de las obligaciones que emanan de los pactos internacionales.

3.2.2 Otros casos

Como indicaba al inicio del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema, el control de convencionalidad se ha realizado en mayor medida en casos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. Sin embargo, fuera de estos casos podemos encontrar ejemplos de aplicación de este control, que constituyen manifestaciones de la apertura del control hacia otras problemáticas. A continuación daré dos ejemplos referidos a la justicia penal adolescente.

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA)³⁴⁰ consagró un sistema especializado de justicia penal para adolescentes, que tuvo por objeto adecuar las leyes y políticas relativas a la infancia y la adolescencia a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política y la Convención Internacional

³³⁹ Así por ejemplo, las sentencias que acogen la tesis de la prescripción de la acción civil de reparación sostienen que la Convención Americana no contiene precepto alguno que consagre la imprescriptibilidad

³⁴⁰ CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Ley 20.084: establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

sobre los Derechos del Niño (CDN) y demás instrumentos internacionales vigentes en Chile³⁴¹.

Considerando estos objetivos, la Corte Suprema, al resolver casos relacionados con adolescentes infractores de ley penal, ha considerado los principios que inspiran la LRPA, interpretando sus normas a la luz de los derechos y obligaciones que consagra la CDN. En este sentido, en estos casos, la Corte Suprema ha realizado un control de convencionalidad eminentemente interpretativo.

Así por ejemplo, en la sentencia rol 5339-2009, la Corte Suprema debía resolver si era procedente de acuerdo a la LRPA la imposición de una pena en régimen cerrado a un adolescente culpable de un delito de homicidio, en atención a los parámetros que establece la ley. La Corte Suprema, analizando las normas de la LRPA, realiza una interpretación de la misma a la luz de la CDN, con el objeto de indicar que si la legislación provee como posibilidad una medida menos gravosa que la de internación en régimen cerrado, debe preferirse ésta, considerando que la pena de reclusión es de última ratio:

“Que lo que hasta ahora se ha venido expresando es el resultado obligado de una tarea hermenéutica, acorde con los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a disposición del intérprete, entre los cuales destaca el elemento sistemático, que impone establecer la debida correspondencia y armonía entre las diversas partes del contexto normativo, integrado, en este caso, no sólo por disposiciones de la ley

³⁴¹ Mensaje del Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (boletín N° 3021-07), 6 de agosto de 2002, Legislatura 347ª Ordinaria, p. 72.

local, sino por principios y dictados ordenadores, como los contenidos en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño [...] especialmente de sus artículos 37 b) y 40, el primero de los cuales dispone: Los Estados Partes velarán porque: b) Ningún niño sea privado de libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; y, conforme al segundo, el sistema aplicable a los adolescentes infractores debe ser un sistema especial, en el que se destaque el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su integración social y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (apartado 1) siendo deber de los Estados Partes adoptar medidas tendientes a asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción (apartado 4)”³⁴².

En consideración a esta interpretación, la Corte Suprema indica que analizando las normas de la LRPA aplicadas a este caso concreto, la naturaleza de la pena que es posible imponer, abarca la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida en cualquiera de sus formas y prestación de beneficios en beneficio de la comunidad. En este sentido, concluye que existiendo estas posibilidades y no habiéndose aplicado, se vulneró la ley y los tratados internacionales:

“Que como se evidencia de los fundamentos anteriores, la sentencia cuestionada ha vulnerado las normas argüidas por la defensa, en particular los artículos 21° y 23° de la ley, desconociendo los recurridos el núcleo de esta nueva normativa, limitando con su decisión la plena aplicación de sus disposiciones a situaciones expresamente regladas en la ley, lo que importa, finalmente, desconocer que su establecimiento lo ha sido en miras del interés superior del niño y de su plena integración social.

³⁴² Corte Suprema. Sentencia de 6 de agosto de 2009, rol 5339-2009, considerando 7.

“Que, en consecuencia, el proceder de los recurridos ha vulnerado expresas normas legales, constitucionales y tratados internacionales ratificados y vigentes, amenazándose en forma concreta la libertad personal del joven infractor mediante la imposición al adolescente de un castigo en régimen cerrado, en circunstancias que al más gravoso, se extiende, a su respecto, hasta la internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, situación ésta que legitima el uso de esta vía constitucional de amparo”³⁴³.

En este caso se evidencia un uso del control de convencionalidad en su faceta interpretativa. La Corte Suprema toma en consideración los principios y normas de la CDN y da un sentido conforme a estas normas a la LRPA. En este caso, significó preferir aquella pena que respetara el principio general de la CDN, que es utilizar la pena privativa de libertad como última alternativa. En este caso la referencia a la CDN fue determinante, pues permitió clarificar el sentido y objetivo de las normas de la LRPA, ordenando revocar la sentencia impugnada.

En el mismo sentido, en el caso rol 5428-2012³⁴⁴, se discutía acerca de si era posible imponer a un adolescente la pena accesoria de inclusión de su huella digital en un registro nacional de condenados. Para resolver el asunto, la Corte Suprema nuevamente se refirió a los principios que inspiran la LRPA a la luz de las obligaciones que establece la CDN:

“Que la Ley N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente, inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos preveía un castigo de prisión disminuido. Lo anterior es

³⁴³ *Ibíd*em, considerandos 10 y 11.

³⁴⁴ Véase en el mismo sentido: Corte Suprema. Sentencia de 31 de julio de 2012, rol 4760-2012; sentencia de 18 de abril de 2012, rol 2995-2012 y; sentencia de 4 de julio de 2012, rol 5012-2012.

consecuencia del artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño que dispone que los niños infractores deberán ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, lo que encuentra reconocimiento legal en el artículo 2° de la ley ya citada, en el que se dispone que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”³⁴⁵.

La Corte Suprema indica que si bien la ley 19.970 no distingue si es aplicable a adultos o adolescentes, por los principios citados no corresponde su aplicación a adolescentes infractores de ley³⁴⁶, concluyendo que al haberse aplicado esa pena al adolescente afectado en este caso, se había vulnerado la CDN:

“Que, en concepto de esta Corte, todo lo anterior deriva en que la decisión de extender al adolescente ***** , al momento de ser sentenciado, y luego compelido de comparecer para la tomas de muestras biológicas para ser incorporadas al registro respectivo, importa una afectación a su respecto, toda vez que como ha quedado demostrado se le está imponiendo algo que sólo es exigible respecto de los adultos y que, además, perturba su reinserción futura, lo que evidencia que en el proceder de los recurridos se han vulnerado expresas normas contenidas en una Convención Internacional y en las leyes aplicables al caso, amenazándose en forma concreta la garantía la libertad personal del amparado, lo que hace a todas luces procedente el recurso aquí interpuesto”³⁴⁷.

Lo que realiza la Corte Suprema en estos casos es también una tarea de interpretación conforme, pues busca que la aplicación de la sanción al adolescente se ajuste a los parámetros de la CDN, con el fin de lograr la efectividad de la protección que consagra esta Convención. Para ello, la Corte

³⁴⁵ Corte Suprema. Sentencia de 18 de julio de 2012, rol 5428-2012, considerando 1.

³⁴⁶ Ibídem, considerando 4.

³⁴⁷ Ibídem, considerando 5.

Suprema interpreta el campo de aplicación de la ley 19.907 y excluye a los adolescentes.

3.2.3 Oportunidades perdidas

En este apartado me referiré a casos en que debiendo haberse realizado control de convencionalidad no se realizó, o bien se hizo de manera imperfecta. Me parece relevante dar ejemplos de estas situaciones, pues permiten visibilizar los nudos críticos de la aplicación del control de convencionalidad en nuestra jurisprudencia, cuya propuesta de solución se esbozará en el capítulo III de este estudio.

El caso que expondré, se enmarca en el contexto de una acción de reclamo de nacionalidad. Esta acción es de competencia exclusiva de la Corte Suprema y permite en conformidad al artículo 12 de la Constitución Política de la República, que la persona afectada por un acto o resolución de la autoridad que la prive de su nacionalidad o se la desconozca, recurra ante la Corte Suprema. En este caso, una niña nacida en Chile, hija de padres extranjeros que tenían órdenes de expulsión vigentes, había sido inscrita en el registro civil como “hija de extranjero transeúnte”. Por no reconocérsele la nacionalidad chilena en virtud del *ius solis*, en su representación, los padres interpusieron una acción de reclamo de nacionalidad.

En este caso, la Corte Suprema razonó sobre la base de dilucidar el sentido natural y obvio de la palabra “transeúnte”. La máxima magistratura indica que

significa “estar de paso” y nota que los padres de la niña se mantienen en el territorio nacional con el ánimo de permanecer en él, de manera tal que no es posible calificarlos como extranjeros transeúntes³⁴⁸, por lo que no es posible comprender a la niña en la hipótesis de “hijo/a de extranjero transeúnte”.

Finalmente, la Corte Suprema indica:

“Que, finalmente, resulta también pertinente invocar la legislación internacional de Derechos Humanos sobre la materia. Al efecto, el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ‘Pacto de San José de Costa Rica’, señala que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, que toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”³⁴⁹.

Luego de estas consideraciones, la Corte Suprema acoge el reclamo interpuesto y ordena al registro civil remover de la partida de nacimiento “hija de extranjero transeúnte”. Sin embargo, se previene que los Ministros señor Valdés y señora Egnem “consideran innecesaria la invocación de la legislación internacional que se contiene en el motivo octavo, pues en su concepto el ordenamiento nacional brinda la solución adecuada y justa al problema planteado, como lo demuestran las restantes consideraciones del presente fallo”³⁵⁰. En este sentido, la invocación del derecho internacional no fue unánime en el máximo tribunal.

³⁴⁸ Corte Suprema. Sentencia de 22 de enero de 2013, rol 7580-2012, considerando 7.

³⁴⁹ *Ibíd.*, considerando 8.

³⁵⁰ En el mismo sentido: Corte Suprema. Sentencia de 11 de marzo de 2013, rol 9168-2013; sentencia de 27 de abril de 2013, rol 300-2013; sentencia de 14 de enero de 2014, rol 10897-2013; sentencia de 24 de marzo de 2014, rol 16044-2013.

Este caso evidencia a lo menos dos problemas en el ejercicio de control de convencionalidad. En primer lugar, la sentencia solo enuncia (como mecanismo de apoyo a la argumentación), el tratado internacional y sus obligaciones, no existiendo una aplicación sustantiva de sus estándares y; por otra parte, evidencia la tendencia que existe en algunos/as ministros/as de recurrir al argumento de la “suficiencia” de la normativa nacional para resolver los conflictos. Ambos ejemplos dan cuenta de un ejercicio incompleto del control de convencionalidad.

Respecto del primer problema, resulta evidente que la sola enunciación de las normas internacionales en los considerandos de un fallo, como apoyo argumentativo al razonamiento principal del mismo, no constituye un ejercicio de control de convencionalidad. Este implica analizar el acto de adjudicación considerando los tratados y la jurisprudencia de los órganos de protección de manera compleja, con el objeto de determinar si la resolución se conforma a las obligaciones internacionales. Considerandos que hacen referencia a la normativa internacional bajo el acápite de “a mayor abundamiento” no dan cuenta de un razonamiento que tenga como fin determinar si la decisión nacional tiene como objeto último la protección de los derechos de la persona humana. Como indica Muñoz:

“[E]l control de convencionalidad como lo han entendido los tribunales internacionales y la doctrina, debe ser un aspecto a tener en consideración en la labor de nuestros tribunales nacionales, la que se ha entendido desarrollada por el hecho de efectuar referencia a tratados

internacionales, pero ello no es así, requiere detenerse en el objetivo y fin de los derechos fundamentales en general, que es proteger a los individuos a las personas, como los relacionados con derechos esenciales específicos, considerando las decisiones de los tribunales internacionales, como llevar adelante una interpretación racional y razonada de lo que es la garantía en sí misma, para asegurarla en su integridad, sobre la base de disposiciones concretas, pero con la mirada puesta en su profundización y desarrollo, para lo cual han de considerarse distintos instrumentos internacionales, efectuando un verdadero test a la decisión que se adopta con el patrón de comparación que es el ordenamiento internacional³⁵¹.

Por otra parte, el argumento de la suficiencia de la norma nacional para resolver el conflicto, desconoce la existencia de un sistema complejo de fuentes que se relacionan y complementan y cuya aplicación es imperativa por formar parte del ordenamiento jurídico vigente. Como indica NOGUEIRA³⁵², siguiendo a SUDRE³⁵³, esta es una técnica de interpretación “neutralizadora” que busca evadir, eludir o de evitar, tendiente a neutralizar la interpretación del *corpus iuris* internacional. Este tipo de interpretación crea una interpretación forzada del derecho nacional o una reescritura de la ley, que esconde, en concepto de SUDRE, la reivindicación de un margen de apreciación nacional y validar la aplicación de la ley nacional tal como es interpretada por el juez nacional³⁵⁴.

³⁵¹ MUÑOZ, S. 2014. El estándar de convencionalidad y el principio pro homine. En: NOGUEIRA, H. (Coord), op.cit, p. 236.

³⁵² NOGUEIRA, H. 2013, op.cit., p. 40.

³⁵³ SUDRE, F. 2004. A propos du 'dialogue des juges' et du control de conventionalité. En: Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron: Les dynamiques du droit européen en début du siècle. París, Editorial A. Pedone, p.210.

³⁵⁴ Ídem.

Realizar una interpretación de este tipo tiene dos problemas: por una parte es peligrosa en cuanto pierde de vista que nos encontramos ante un caso de derechos humanos y, por otra, puede traer como consecuencia un fallo que desconozca las obligaciones internacionales del Estado.

El no enfrentar el caso como un problema de derechos humanos implica que no se aplican los criterios propios de interpretación en la materia y puede traer como consecuencia adoptar una decisión contraria a las obligaciones internacionales del Estado. Así por ejemplo, en este caso, la solución permitió proteger a la niña afectada, pero sólo porque se logró probar que respecto de los padres existía “ánimo de residencia”, lo que trae consigo diversas preguntas. ¿Qué hubiera pasado si por problemas de acceso a la justicia no se hubiera probado el ánimo de residencia? o ¿si uno de los padres se encontrara sujeto a una orden de expulsión en ejecución? En el caso analizado el foco está en los padres y en su conducta, invisibilizando los derechos de la niña. Las preguntas enunciadas dan cuenta de que abandonar el enfoque de los derechos es complejo y puede traer consecuencias graves para el/la afectado/a. En este caso, la sentencia desconoce la existencia de un *corpus iuris* complejo de derechos de los niños y niñas, entre los que se encuentra el derecho a la nacionalidad y la obligación que existe para los Estados de prevenir la apatridia (artículo 7CDN)³⁵⁵ y obvia los estándares fijados en la

³⁵⁵ CDN. Artículo 7. “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo

jurisprudencia internacional, por ejemplo, en el caso de las niñas Yean y Bosico³⁵⁶.

El ejercicio de los derechos no puede quedar condicionado a circunstancias fácticas que invisibilicen el objeto y fin de las normas de protección de derechos humanos y, en particular, al sujeto de derechos. La norma nacional puede ser aplicada con prescindencia de la norma internacional, siempre y cuando ésta mejore la protección internacional, en conformidad al principio *pro persona*³⁵⁷.

3.3 Cortes de Apelaciones

Las Cortes de Apelaciones tienen la competencia en primera instancia de las acciones constitucionales tutelares de derechos que consagra la Constitución Política de la República (acciones de protección y de amparo de derechos). En el ejercicio de estas funciones ha ejercido el control de convencionalidad con sus diversas facetas: correctivo e interpretativo, añadiéndose aquí una nueva modalidad: el control de convencionalidad preventivo.

posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

³⁵⁶ En este caso la Corte IDH indicó “el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”. Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 155.

³⁵⁷ Profundizaré estas consideraciones en el capítulo III de este estudio, donde me referiré a los criterios que deben guiar el ejercicio del control de convencionalidad.

A continuación veremos ejemplos de estas diversas modalidades, distinguiendo entre la jurisprudencia emanada de acciones de protección y acciones de amparo. Las sentencias seleccionadas han sido aquellas que posteriormente han sido confirmadas por la Corte Suprema en segunda instancia.

He seleccionado la jurisprudencia que emana de acciones tutelares de derechos pues allí se evidencia con mayor claridad el ejercicio de control de convencionalidad, ya que el centro del debate se centra en el amparo de derechos fundamentales. Sin embargo, ello no desconoce que existen manifestaciones del control en otras esferas de la competencia de las Cortes de Apelaciones, especialmente en materia penal³⁵⁸.

3.3.1 Acciones de protección

Una de las principales misiones de las Cortes de Apelaciones respecto a la protección de los derechos humanos, es conocer de las acciones de protección que se someten a su conocimiento, de las cuales tiene competencia exclusiva en primera instancia³⁵⁹. En este contexto, las acciones de protección se han convertido en uno de los principales mecanismos a través de los cuales se visibiliza el ejercicio de convencionalidad.

³⁵⁸ Véase por ejemplo: Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 4 de abril de 2014, rol 192-2014 (debido proceso en sede de acción de nulidad penal); Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 29 de mayo de 2012, rol 325-2012 (ley de responsabilidad penal adolescente) y; Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 18 de diciembre de 2012, rol 1745-2012 (justicia militar).

³⁵⁹ Artículos 20 y 21 Constitución Política de la República.

La acción de protección corresponde a lo que en otros países se denomina “acciones de tutela” y tiene por objeto amparar derechos fundamentales cuando por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, se sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías señalados taxativamente en la ley. Esta acción protege sólo los derechos señalados en el artículo 20 de la Constitución Política, es decir, no sólo no se protegen los derechos consagrados en los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que además, los derechos protegidos, no son todos aquellos contemplados en la Constitución³⁶⁰. Los derechos que han sido excluidos, son básicamente los derechos sociales³⁶¹.

Pese al desalentador panorama en cuanto a los derechos que protege esta acción, hay ejemplos esperanzadores de aplicación del control de convencionalidad a través de la interpretación que hacen las Cortes de Apelaciones de ciertos derechos consagrados en la Constitución y de la

³⁶⁰ Derecho a la vida, igualdad ante la ley, derecho ser juzgado por los tribunales que establece la ley y que estén establecidos antes de la ejecución del hecho, derecho a la protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia, inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, libertad de conciencia y libertad de culto, derecho a elegir el sistema de salud, sea estatal o privado, libertad de enseñanza, libertad de opinión e información, derecho de reunión, derecho de asociación, libertad de trabajo, su libre elección y libre contratación, derecho de sindicalización, libertad para desarrollar cualquier actividad económica, derecho a no ser discriminado en el trato del Estado en materia económica, libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, derecho de propiedad, derecho de propiedad intelectual e industrial y, derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

³⁶¹ MOSQUERA, M. y MATURANA, C. 2010. Los Recursos Procesales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.415.

consideración de los tratados de derechos humanos como parámetro de ilegalidad³⁶². A continuación me referiré a las diversas facetas de este ejercicio.

a. Control de convencionalidad y ejercicio hermenéutico

Como señalábamos en el capítulo introductorio, el control de convencionalidad supone realizar una interpretación de la normativa nacional que sea conforme a las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado. Este es uno de los principales razonamientos que se ha evidenciado en el ejercicio de control de convencionalidad por parte de las Cortes de Apelaciones. En este ámbito, la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es un buen ejemplo.

Un caso relevante en esta materia, es el de Patricia Vásquez con Fonasa³⁶³. En este caso, Patricia Vásquez, alegaba que se estaba vulnerando su derecho a la vida, integridad física y a la salud, pues el Fondo Nacional de Salud (FONASA) le había negado el acceso a un medicamento para el tratamiento de su cáncer de mama. En este caso, la Corte de Apelaciones constata que pese a que el derecho a la salud no se encuentra comprendido en las garantías amparadas por la acción de protección “sí constituye un derecho garantizado a todas las personas por la Carta primera, por lo que no es posible desentenderse de su

³⁶² HENRÍQUEZ, M. 2010. Análisis jurisprudencial de la aplicación de los tratados de derechos humanos en recursos de protección (1989-2010). Revista de Estudios Constitucionales, 8 (2):745-762.

³⁶³ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, rol 7766-2009.

existencia para una adecuada administración de justicia”³⁶⁴. Sobre la base de estas consideraciones, la Corte de Apelaciones utiliza la normativa internacional para concretizar la obligación del Estado respecto a la garantía del derecho a la salud, sobre la base del artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

“Que, por último, el Decreto Supremo N° 326, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989, promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969; que en su artículo 12 dispone: ‘1. *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: ... c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*. De conformidad a lo ya expresado en el motivo tercero, este Pacto y el derecho consignado precedentemente constituye uno esencial que emana de la naturaleza humana y como tal es deber del Estado respetarlo y promoverlo”³⁶⁵.

Sobre la base de este artículo, la Corte de Apelaciones realiza un auténtico control de convencionalidad, ya que interpreta la normativa nacional –derecho a la salud consagrado en la Constitución Política de la República- a la luz de la normativa internacional, dotando de un contenido específico a esta garantía y tomando medidas para adecuar el actuar del Estado a las obligaciones internacionales. En efecto, este ejercicio lleva a la Corte a concluir que el actuar

³⁶⁴ *Ibíd*em, considerando 4. Las cursivas son de la sentencia.

³⁶⁵ *Ibíd*em, considerando 5.

estatal habría infringido sus obligaciones internacionales, y ordena al Estado a otorgar el medicamento a la recurrente:

“[...] resulta fuera de toda duda la circunstancia que la recurrente doña Patricia Elena Vásquez Ibáñez, desde el mes de marzo de 2007, adolece de una enfermedad que ha hecho ilusorio para ella, su derecho a disfrutar al más alto nivel posible de su salud física y mental, conforme lo establece el Pacto transcrito en el motivo anterior. Del mismo modo, ha resultado ilusorio para ella gozar de su derecho a la vida y a su integridad física y psíquica, según se lo reconoce la carta constitucional. Resulta del todo evidente la mala calidad de vida que soporta la recurrente, de 43 años de edad, esposa y madre de dos pequeños hijos de 12 y 4 años. Asimismo, no ha resultado efectivo para ella su derecho a que se proteja su salud y a tener acceso a las acciones necesarias, existentes y posibles, para proteger e intentar recuperarla y rehabilitarse del mal que la aqueja.

“[...] esta Corte estima que el deber del Estado de Chile en materia de salud y el efectivo acatamiento de las garantías constitucionales de los derechos a la vida, integridad física y protección de la salud, independiente de si las normas reglamentarias contemplan o no el medicamento indicado como uno de aquellos que pueda utilizarse en el tratamiento del cáncer, obligan a proporcionar los medios para procurar el tantas veces citado medicamento, toda vez que lo que se está resolviendo es la mayor o menor sobrevida que pueda tener la recurrente, por lo que no le merece duda a esta Corte que debe proporcionársele el medicamento Herceptin, en cuanto le va a permitir sobrellevar el grave cáncer que la afecta en mejores condiciones, aspirando a una sobrevida mayor”³⁶⁶.

Lo interesante de este caso, es que además del ejercicio concreto de convencionalidad que realiza, la Corte de Apelaciones explicita en su razonamiento la obligatoriedad del respeto y garantía de los derechos fundamentales para los órganos del Estado. En efecto, para argumentar el ejercicio realizado, razona acerca de las obligaciones que tienen los órganos del Estado:

³⁶⁶ *Ibidem*, considerando 6 y 12.

“Que FONASA, como servicio público presta un servicio de salud a la comunidad, por lo que un eventual afán de lucro o de autofinanciamiento, no puede llegar a constituir un objetivo. Por el contrario, debe velar por el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales que la Constitución Política de la República asegura a las personas en el artículo 19 N° 1 y 9, esto es, el derecho a la vida e integridad física y el derecho a la protección de la salud, resaltando los perentorios términos y contenido de esta última disposición constitucional. En este marco, no debe olvidarse lo previsto en el artículo 6° de la Carta Política, en cuyos incisos 1° y 2° consagra el principio de la supremacía constitucional sobre todas las demás normas que integran el ordenamiento jurídico positivo, lo que impide absolutamente que normas de inferior jerarquía a la Constitución, pudieran dejar sin aplicación una garantía que ella ampara y reconoce. De allí entonces, que primero se establezca que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, para luego establecer que *‘Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo’*. Como ya se señaló en el motivo tercero, el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, se dice que es un deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos fundamentales de las personas, entre los cuales ocupan un lugar preeminente la vida y la integridad física de las personas, lo que necesariamente importa que el valor patrimonial se ve postergado en favor del bien jurídico representado por la dignidad, la vida y su bienestar físico”³⁶⁷.

Esta argumentación, coincide con lo que he sostenido en lo referente a las bases normativas del ejercicio del control de convencionalidad en Chile, dando fuerza normativa directa a la Constitución (*supra* 2).

b. Control de convencionalidad y el bloque de convencionalidad como parámetro de ilegalidad

Un ejemplo claro de cómo ha operado el control de convencionalidad como mecanismo para evidenciar la “ilegalidad” de actos y omisiones en el marco de los recursos de protección, ha sido a través de la incorporación de las obligaciones que impone el Convenio No.169 de la OIT sobre Pueblos

³⁶⁷ *Ibidem*, considerando 11.

Indígenas y Tribales en países independientes en el razonamiento judicial. Particularmente, las Cortes de Apelaciones -sobre la base del Convenio No.169- han señalado que las resoluciones que aprueban determinados proyectos de inversión y que omiten el deber de consulta previa consagrado en los artículos 6 y 7 del Convenio N° 169 son “ilegales” y “arbitrarias”. Así, por ejemplo, en el caso Mariano Puelman Ñanco³⁶⁸, la Corte de Apelaciones de Temuco razonó de la siguiente manera:

“Es en este sentido como ya se ha explicado latamente, que la autoridad no se ha ceñido a la legislación vigente que son las normas autoejecutables del Convenio- indicado- en cuanto debió llamar a la consulta respectiva en los términos que señala el Convenio y no a simples actos denominados de sociabilización que distan mucho en forma y contenido de lo que pretende el Convenio 169 vigente en nuestra legislación interna-según se ha explicado. Aquí se ha producido una inversión de roles, puesto que tanto los recurridos COREMA, CONAMA como la Empresa Agrícola Terratur Limitada han señalado reiteradamente en su escritos y alegatos en estrados que han cumplido con todas y cada una de las normas y medidas señaladas por la ley y autoridad e incluso más, que han adoptado otras medidas para ser más rigurosos. En el caso de la COREMA se realizó un proceso de sociabilización no obstante que ello no era obligatorio. La inversión se produce aquí puesto que nuestra constitución parte en su artículo 1° señalando que el Estado está al servicio de la persona humana, es decir, es un Estado instrumental, siempre al servicio del hombre y no al revés. Es esta línea la que hacen ver los actores y la Ilustre Municipalidad de Pucón. Que son los actores los más interesados en que todo se realice de conformidad a la ley. Por otro lado debemos considerar que el soporte de todo el orden constitucional es la dignidad humana, como lo ha señalado esta Corte en otras sentencias. A partir del artículo quinto inciso segundo de la Constitución la palabra promover para los órganos del Estado debe significar siempre una actitud positiva de fomento, de impulso, de creación, de defensa inmediata, de florecimiento que siempre debe considerarse al momento de pensar y aplicar los temas y normas sobre derechos humanos. Esto es, el promover constitucional es un límite al

³⁶⁸ Este caso es destacado en: HENRÍQUEZ, M. 2010, op.cit., p.752.

actuar y razonamiento de los órganos del Estado en cuanto a que su obligación principal es la de resguardar, respetar y promover dichos derechos. En este aspecto los recurridos debieron preocuparse al más alto nivel de rigurosidad por la población indígena que habita el lugar. El derecho vigente esta para las personas y son los actores- no otros- los que pueden ser susceptibles de afectación directa por la resolución de la COREMA”³⁶⁹.

En conclusión, la Corte de Apelaciones de Temuco acogió el recurso de protección y ordenó dejar sin efecto la Resolución Exenta que autorizaba el proyecto y dispuso que la autoridad debía realizar una consulta en conformidad al Convenio 169 de la OIT. En este caso es evidente el ejercicio del control de convencionalidad en el razonamiento de la Corte: se toma la norma internacional como parámetro y se verifica si la actuación de la autoridad se adecuó a las obligaciones que impone el tratado; se constata el incumplimiento y se ordena al Estado a conformar su actuación de acuerdo al Convenio 169 de la OIT.

Un ejercicio de convencionalidad aún más completo (desde la perspectiva argumentativa) podemos encontrar en el caso Comunidad Nahuelcura Domihuala de la Corte de Apelaciones de Temuco³⁷⁰. En este caso, se había realizado un proceso de publicación de una licitación para la construcción de abasto y agua potable para la comunidad recurrida, sin haberse realizado consulta previa. La Corte de Apelaciones, razona sobre la base de las

³⁶⁹ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de enero de 2010, rol 1705-2009, considerando 10.

³⁷⁰ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 3 de julio de 2012, rol 454-2012. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 15 de diciembre de 2012, rol 545-2010.

obligaciones del Estado y determina que se debe anular el proceso de licitación, ya que éste debe ser consultado con las comunidades. Así, la Corte de Apelaciones se refiere expresamente a la obligación de realizar un control de convencionalidad, siguiendo la jurisprudencia interamericana:

“Que también se hace necesario indicar que los Estados tienen las obligaciones de respetar los derechos y Garantizarlos [...] las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos los jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias. Los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana.(Corte I.D.H. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México- 26/11/2010) Respecto de la obligación de garantizar los derechos, dicha Corte, en la misma obra ya citada ha señalado que esta obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (C.I.H. Caso Masacre de Pueblo Bello, 31/ 1/ 2006)”³⁷¹.

Sobre la base de este razonamiento, la Corte de Apelaciones de Temuco reafirma la obligación de realizar una consulta a los pueblos indígenas respecto de medidas que sean susceptibles de afectarles directamente sobre la base de la normativa y jurisprudencia internacional:

³⁷¹ *Ibíd*em, considerando cuarto. El destacado es original.

“[...] Que resumiendo entonces, podemos decir tratándose de etnias como las recurrentes, frente a medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente, según el desarrollo actual de la conciencia de Derecho y la Jurisprudencia al respecto, debe siempre realizarse según el Convenio 169 citado la tramite de la Consulta. No es trámite de consulta lo que señala el recurrido a fs. 40, 80 y 86 de autos, en cuanto los representantes de las comunidades mapuches beneficiadas podrán participar en calidad de observadores del proceso en la apertura de sobres de la licitación, para asegurar la transparencia del Proceso.

“Lo anterior descrito, en cuanto que es para recurrido la Consulta en una licitación, constituye una burla a la Constitución y al Convenio 169 citado; ello porque en una interpretación progresiva y dinámica de los textos internacionales, el denunciado no ha respetado ni ha dado cumplimiento a lo siguiente : 1.-la dignidad y su dimensión.(motivo 2º). 2.- La promoción de los derechos humanos (motivo 3º). 3).-La obligación de respetar que impone a todos los Órganos del Estado la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto en este caso, muy en especial el deber de velar por los derechos de grupos además vulnerables, como los recurrentes. (motivo 4º). 4.-La obligación de garantizar los derechos humanos- que impone la misma Convención citada. Ello porque la conducta de los Órganos del Estado debe ser propositiva y permitir el eficaz y pleno ejercicio de los derechos y libertades consagrados en la Convención, el Convenio 169 y la Constitución Política.(motivo 4º) Nada de lo anteriormente descrito ha cumplido y realizado el recurrido”³⁷².

En este caso, tal como en el anterior, el control de convencionalidad hace las veces de escrutinio de ilegalidad en el contexto de la acción de protección, pues el tribunal estima que “la publicación del llamado a licitación [...] es ilegal, por cuanto existiendo derecho vigente el artículo 6 N°1 letra a) del Convenio 169, la autoridad recurrida no la ha aplicado a este caso concreto, debiendo haberlo hecho”³⁷³. Es decir, el bloque de convencionalidad es directamente el parámetro sobre el cual se realiza el escrutinio de legalidad de los actos reclamados.

³⁷² Ibídem, considerandos sexto y séptimo. El destacado es original.

³⁷³ Ibídem, considerando 9.

En este mismo sentido, y fuera del ámbito de los derechos de los pueblos indígenas, encontramos el caso de la Escuela Hospitalaria Conile. Esta sentencia se refiere al caso de un niño de 14 años de edad quien posee un Síndrome Hipotónico, Síndrome de Distres Respiratorio y Apneas que lo obliga a permanecer con ventilación pulmonar permanente, por lo que requiere de atención educacional en su domicilio. Esta atención había sido otorgada hasta el año 2011 por la escuela “Conile” de Temuco, quienes a fines de ese año le comunicaron que no seguirían prestando dicho servicio, sin señalar los motivos de su decisión. Frente a esta situación, la madre del niño recurrió de protección en contra de la Escuela y la Secretaría Regional Ministerial de Educación (SEREMI), por estar vulnerándose la igualdad ante la ley e indirectamente el derecho a la educación. La directora de la escuela señaló que se encontraban imposibilitados de seguir brindando sus servicios educativos ya que el Ministerio de Educación se había negado a pagar el subsidio correspondiente por los niños que reciben atención domiciliaria. La SEREMI por su parte, argumenta que el reglamento que permite la aplicación de la atención educacional domiciliaria aún no había sido dictado y por ello no se podía otorgar la educación que el niño necesitaba.

La Corte de Apelaciones en este caso centra su argumentación en torno a las obligaciones que impone la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y la CDN:

“Que el Estado de Chile ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el año 2008, y ese mismo año fue promulgada mediante Decreto Supremo N° 201, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial el 17 de Septiembre de 2008. En dicho instrumento los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, siendo uno de los principios en que se basa la referida convención, el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad.

En el referido 7 de la Convención se dispone ‘Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas. En todas las actividades relacionadas con niños y niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección de interés superior del niño’. Lo que se encuentra en íntima concordancia con el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, también ratificada por el Estado chileno. Por otro lado, el artículo 24 de la Convención dispone: ‘Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida.....’ ‘Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad; y que los niños y niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad”³⁷⁴.

Tomando en consideración las obligaciones que imponen estos tratados internacionales y la Ley N° 20.422 (sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad), la Corte de Apelaciones concluye que el Ministerio de Educación había incumplido sus obligaciones y ordena a éste asegurar la protección del niño afectado:

³⁷⁴ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 23 de abril de 2012, rol 408-2011, considerando 5.

“Que, al tenor de lo consignado en el fundamento quinto de esta sentencia, se desprende que, en la especie, se ha vulnerado el principio a la no discriminación y el derecho a la Educación, en relación al primero por cuanto el adolescente respecto del cual se recurrió, encontrándose en los casos que contempla la Ley N° 20.422 y estando capacitado para estudiar, en iguales condiciones que adolescentes sanos, no ha recibido del Estado la educación que necesita, por la falta de dictación de un Reglamento, lo que es **absoluta responsabilidad del Ministerio de Educación, entidad que debía dar cumplimiento tanto a lo dispuesto por la Ley N° 20.422, como en la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, ratificada por nuestro país**, de manera que, forzoso es concluir que a su respecto debe acogerse el recurso intentado, por cuanto es la propia ley la que señala expresamente que es el propio Ministerio de Educación quien debe asegurar la atención escolar en el lugar que, por prescripción médica, deba permanecer el adolescente”³⁷⁵.

Al igual que en los casos relacionados con la consulta indígena y el Convenio 169 de la OIT, en este caso el control de convencionalidad opera como parte del análisis de escrutinio de ilegalidad de los actos reclamados, y son los Convenios Internacionales el baremo con que se efectúa el control. Es particularmente relevante destacar que no siendo el derecho a la educación un derecho protegido por la acción de protección, éste se protege a través de la alusión de las obligaciones del Estado consagrada en tratados internacionales en el análisis de la acción de protección. De esta forma se complementan y retroalimentan dos nociones que he referido: el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad. A través del bloque de constitucionalidad se incorporan como parámetro de ilegalidad (en el contexto de la acción de protección) los derechos consagrados en tratados internacionales y a través del control de convencionalidad se contrasta la

³⁷⁵ *Ibíd*em, considerando 7. El destacado es propio.

acción estatal con las obligaciones que emanan de este bloque, adoptando una decisión que permita la efectividad de los derechos en el caso concreto.

3.3.2 Acciones de amparo

Otro ámbito donde se ha evidenciado el ejercicio del control de convencionalidad, es la jurisprudencia emanada de las acciones de amparo. En Chile, la acción de amparo corresponde a la denominada acción de *habeas corpus* en derecho comparado, que tiene por objeto resguardar la libertad personal y seguridad individual.

El ejercicio del control de convencionalidad en esta sede ha revestido dos modalidades de aplicación: correctiva y preventiva. Con aplicación “correctiva” me refiero a la constatación que hacen las Cortes de Apelaciones de que se han vulnerado obligaciones internacionales y, por ende, obligan al Estado a adecuar su actuación conforme al DIDH. La aplicación “preventiva”, por su parte, se caracteriza porque las Cortes de Apelaciones -si bien no constatan incumplimiento de obligaciones internacionales -sí ordenan a las autoridades públicas a realizar un control de convencionalidad en el ámbito de sus competencias. También podemos encontrar manifestaciones combinadas de este ejercicio de control de convencionalidad, al encontrarnos con sentencias que además de constatar la infracción a normas internacionales, establecen a su vez medidas para prevenir infracciones en un futuro.

a. Control de convencionalidad correctivo

El 13 de marzo de 2013, la Corte de Apelaciones de Valdivia dictó sentencia³⁷⁶ en un recurso de amparo presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) a favor de los internos del Centro Penitenciario Llancahue, referido a los tratos inhumanos o degradantes que éstos habrían sufrido al ser trasladados desde los módulos del recinto hasta el patio, donde habían sido obligados a arrodillarse o sentarse con las manos detrás de la cabeza, siendo agredidos en diversas partes del cuerpo con golpes, objetos y gas irritante.

En dicha oportunidad, la Corte centró su argumentación en las obligaciones que tiene el Estado respecto de las personas privadas de libertad, señalando que respecto de ellos el Estado se ha autoimpuesto un deber especial de custodia, atendido el evidente estado de desprotección en que se encuentran. Es en virtud de este deber, que la actividad penitenciaria debe procurar un trato digno y propio de la condición humana de los/as internos/as, encontrándose prohibida la aplicación de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes de palabra o de obra. Al constatar que los internos habrían sufrido fuertes agresiones, la Corte de Apelaciones señaló que aquello constituía una clara infracción del deber de cuidado y trato digno, siendo una violación al artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura u otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes:

³⁷⁶ Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 13 de marzo de 2013, rol 8-2013. En el mismo sentido véase: Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 7 de diciembre de 2013, rol 68-2013.

“Que así las cosas, ha de tenerse por acreditado que en el tránsito desde el módulo N° 31 hasta las afueras del mismo y luego en el patio en que fueron ubicados los internos, funcionarios de Gendarmería de Chile intervinientes en el procedimiento les obligaron a arrodillarse o sentarse con las manos detrás de la cabeza, y luego los agredieron en diversas partes del cuerpo, principalmente tórax, cabeza y rostro, mediante golpes de distinta índole, esto es, puños, patadas, objetos contundentes (palos), palmadas, toallas mojadas, o combinaciones de los anteriores y en algunos casos, rociándoles gas irritante.

“Que lo anterior es una clara infracción del deber de cuidado y trato digno que Gendarmería debe cumplir, además de configurar un incumplimiento al artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, toda vez que el cuidado de esos prisioneros estaba a cargo de la institución recurrida”³⁷⁷.

En este caso, el control de convencionalidad se realiza respecto de la actuación de Gendarmería y es un control directo. Esto, por cuanto la conducta de Gendarmería se contrasta directamente con la norma de fuente internacional, determinándose que ésta se había infringido.

Lo interesante de este caso, además de que la Corte establece la responsabilidad del Estado por la infracción a una obligación internacional, es que la Corte de Apelaciones de Valdivia toma medidas para procurar que esta situación no se vuelva a repetir, disponiendo expresamente que Gendarmería de Chile en el futuro, “deberá tratar dignamente a los internos y cumplir estrictamente a lo establecido en las leyes, la Constitución política del Estado y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, especialmente lo dispuesto en la Convención contra la Tortura”³⁷⁸. Este es un ejemplo donde el control de convencionalidad permite constatar la infracción de obligaciones

³⁷⁷ *Ibidem*, considerandos 6 y 7.

³⁷⁸ *Ibidem*, considerando 21.

internacionales, pero que además permite a la judicatura fijar el estándar bajo el cual debe actuar la autoridad (preventivo). En este caso, la argumentación de la Corte de Apelaciones alude directamente a la obligatoriedad de la norma de fuente internacional, sin referirse ni a su jerarquía ni a su forma de integración en el ordenamiento jurídico. Es decir, la norma de fuente internacional es considerada como baremo de control sin mayores consideraciones.

Otro ejemplo de control de convencionalidad correctivo, lo encontramos en casos relacionados con los derechos de las personas migrantes. La normativa que regula el ingreso, visación, expulsión y otras materias respecto de las personas migrantes en Chile es el Decreto Ley N°1.094 de 1975. Esta es una norma preconstitucional y cuya característica principal es que otorga amplias facultades discrecionales a la autoridad para otorgar visaciones y ordenar la expulsión de personas migrantes del país. En este sentido, la jurisprudencia nacional y las decisiones de las autoridades administrativas, al analizar reclamaciones de personas migrantes respecto a las sanciones migratorias, se habían encargado de realizar un análisis de mera legalidad de las facultades de la administración para negar las solicitudes de visa o para expulsar personas del país³⁷⁹. En este sentido, quedaban fuera del análisis las reclamaciones respecto a la arbitrariedad o proporcionalidad de las medidas o a la infracción de normas internacionales. Durante el primer semestre del año 2013 esta

³⁷⁹ Un análisis en este sentido en: Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010. Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, pp.237-270 e Informe Anual sobre Situación de los Derechos Humanos en Chile. Instituto Nacional de Derechos Humanos, año 2012, pp.161-165.

tendencia jurisprudencial comenzó a revertirse y encontramos casos donde los tribunales superiores de justicia, al realizar un control de convencionalidad en sus resoluciones, permiten interpretar a favor de las personas migrantes, la normativa migratoria³⁸⁰.

Un ejemplo de este fenómeno lo encontramos en el caso Sandra Morales con departamento de extranjería y migración³⁸¹. En este caso, una mujer extranjera había sido expulsada del país, estando embarazada, pues la autoridad de migración había rechazado su solicitud de visación, en consideración a que su estadía no era “ni útil ni conveniente para el país”, pues registraba una condena (ya cumplida) por falsificación de instrumento público. Su pareja interpuso una acción de amparo a su favor, por estimar que se estaba afectando su derecho a la libertad personal. La Corte de Apelaciones de Santiago, interpretó las facultades de la autoridad para decretar la expulsión de una persona del territorio nacional, sobre la base de las obligaciones internacionales que impone la normativa de DIDH referida a los derechos de las personas migrantes. En primer lugar, fijó el contexto sobre el cual analizaría el caso, señalando que “el poder estatal para gestionar la migración no puede prescindir de la consideración de derechos fundamentales e inalienables, que derivan de la condición de ser humano, **protegidos tanto por los ordenamientos internos como por los diversos instrumentos de derecho internacional**. Por lo tanto,

³⁸⁰ En este sentido, véanse, entre otros: Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 9 de marzo de 2013, rol 351-2013.

³⁸¹ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 21 de enero de 2013, rol 19-2013.

la mirada debe propender al necesario equilibrio o ponderación entre esas facultades soberanas y los derechos esenciales que puedan verse afectados con el respectivo ejercicio del poder”³⁸².

Luego, la Corte de Apelaciones razona acerca de los derechos afectados en este caso y para ello incorpora los derechos reconocidos en instrumentos internacionales:

“Existen ciertos derechos particularmente atingentes en el contexto de la migración. Entre ellos, por ejemplo, el derecho a la libertad de movimiento, el derecho a buscar asilo, el derecho a la nacionalidad, el derecho a la unidad familiar y el interés superior de los menores. Nuestra Carta Fundamental – en el primero de sus artículos – proclama que ‘la familia es el núcleo fundamental de la sociedad’. Se precisa en su artículo 5° que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, asumiéndose la obligación de respetar y promover aquellos que la misma Constitución Política de la República asegura –como se dijo– ‘a todas las personas’, sin distinción de ningún tipo y también los que garantizan tratados internacionales ratificados por Chile. Los instrumentos de derechos humanos – integrados de ese modo al ordenamiento fundamental – protegen la unidad familiar, reconociéndola como núcleo fundamental de la sociedad. Por lo tanto, todos esos derechos se erigen en limitaciones a la facultad que tiene el Estado de remover a un extranjero de su territorio;

“Uno de los derechos humanos fundamentales, establecidos en el ámbito nacional e internacional, es el derecho de fundar una familia. De acuerdo con el Artículo 16, párrafo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, los hombres y mujeres tienen derecho a casarse y fundar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. Esta disposición ha sido ampliada por el Artículo 17, párrafo 1 de la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, estableciéndose que ‘nadie será objeto de interferencias arbitrarias o ilegales en su familia’ y que ‘la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado’ (artículo 23, párrafo 1),

³⁸² Ibídem, considerando 2. El destacado es propio.

precisándose en su artículo 2 que tales derechos deben ser respetados y garantizados por los Estados Partes a todas las personas que se encuentren en su territorio 'sin distinción alguna'. Sigue a ello indicar que la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 1989, en su artículo 8, párrafo 1, estipula la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho del niño a preservar, entre otras cosas, sus 'relaciones familiares, en conformidad con la ley sin injerencias ilícitas'; su artículo 9, párrafo 1 consagra un derecho de importancia capital para estos efectos, en los términos siguientes: 'Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño...'. A su vez, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de su Familia, de 1990, prescribe en su artículo 4 que "el término «familiares» se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate'. En lo que interesa especialmente, al estar involucrados derechos fundamentales, el concepto de 'familia' debe recibir siempre una interpretación amplia, porque sólo de esa manera pueden asegurarse efectivamente los derechos fundamentales. Así, la expresión 'familia' no alude únicamente a la existencia de matrimonio, ni siquiera de la cohabitación. Comprende, en general, las relaciones entre dos personas, entre padres e hijos, con exigencias mínimas de lazos de vida, vinculaciones de dependencia económica, relación directa y regular, etcétera"³⁸³.

A continuación, tomando en cuenta el contexto y los derechos afectados en este caso, realiza el ejercicio de control de convencionalidad, que consiste en interpretar las facultades que otorga la ley migratoria a la autoridad nacional, a la luz de las obligaciones internacionales, lo que la lleva a realizar un test de restricción de derechos, analizando si la autoridad justificó suficientemente las medidas adoptadas:

³⁸³ *Ibidem*, considerandos 3 y 4.

“En el contexto de una acción constitucional, una decisión como la cuestionada en este caso debe ser examinada no sólo desde una perspectiva de legalidad formal. De hecho, no está en discusión que la ley la faculta para adoptar decisiones de este tipo, el punto que debe discernirse es si efectivamente se está en presencia de un caso previsto por la ley y si la medida resulta razonable y proporcionada a los fines que se busca resguardar. Tampoco se trata de sustituir a la autoridad en esa decisión. Antes bien, implica el deber de controlar que su actuación se ajuste a Derecho. Por lo tanto, exige de esta magistratura revisar si han sido tenidas en cuenta las consideraciones de orden humanitario y de índole familiar involucradas en ella, si la expulsión es el medio necesario e idóneo para el presunto mal que se procura evitar y si los motivos que se aducen tienen correspondencia con la salida forzada del territorio nacional de la persona extranjera”³⁸⁴.

En este análisis, la Corte concluye que no existió una justificación razonada de la orden de expulsión, lo que era particularmente relevante en este caso considerando que estaban comprometidos los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales³⁸⁵, no siendo suficiente la existencia de una condena penal ya cumplida. Finalmente, razona sobre la base de las obligaciones internacionales que derivan de la Convención Americana en materia de libertad de movimiento y de la CDN, resolviendo revocar la orden de expulsión:

“[...] Se afecta ilegalmente también el derecho de la persona expulsada para residir y circular en el territorio nacional, en los términos que le garantiza el mismo artículo 19 N° 7 y el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Resta remarcar que uno de los efectos que derivan de la decisión administrativa cuestionada consiste en provocar la separación del grupo familiar, con lo que se afecta la vida futura del niño (a) que está por nacer. En el Preámbulo de la Convención de los derechos del Niño se recuerda la Declaración de Ginebra de 1924, sobre los Derechos del Niño, indicándose que por su falta de madurez, el

³⁸⁴ *Ibidem*, considerando 5.

³⁸⁵ *Ibidem*, considerando 9.

niño necesita de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal 'tanto antes como después del nacimiento'. Ello no fue observado en este caso. Se genera el escenario para que puedan producirse perniciosas consecuencias para su desarrollo, sin que se haya tomado en consideración ese interés superior, sin que se haya dado razones que puedan explicarlo;

“En esa virtud, con apego a lo prescrito en el artículo 21 inciso tercero de la Carta Fundamental, al verificarse en la especie una perturbación y amenaza a la libertad personal, debe esta Corte adoptar las medidas conducentes para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección de las personas afectadas”³⁸⁶.

Este caso evidencia un ejercicio argumentativo aún más completo que el que hemos visto en otros casos, pues la Corte de Apelaciones toma en consideración el contexto; enuncia de manera compleja los derechos afectados y la normativa internacional aplicable; sobre la base de las obligaciones internacionales, analiza si la actuación del Estado fue compatible con éstas, realizando para ello un test de restricción de derechos; y, al constatarse la violación a los derechos consagrados en instrumentos internacionales, ordena la revocación del acto. Este camino evidencia la ruta lógica que debería seguir el juzgador al momento de realizar el ejercicio de control de convencionalidad, tal como se ha manifestado en la doctrina interamericana³⁸⁷. Creo que esta ruta es la adecuada, pues no solo legitima la aplicación del control de convencionalidad desde el punto de vista normativo (al referirse a la Constitución Política), también complejiza el análisis al incorporar diversos instrumentos internacionales e incluye el test de restricción, que es el que

³⁸⁶ *Ibíd*em, considerandos 11 y 12.

³⁸⁷ Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados, *op.cit.*, párrs. 77-78. Este modelo de juicio de convencionalidad es sugerido en: NASH, C., NOGUEIRA, A. y NÚÑEZ, C. (et.al, p.63.

permite determinar si nos encontramos ante una afectación legítima o no de un derecho fundamental.

b. Control de convencionalidad y su eficacia preventiva

Otra manifestación del ejercicio del control de convencionalidad en la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones, es lo que denominaré como su “ejercicio preventivo”. Estos casos se caracterizan porque el control de convencionalidad tiene por objeto fijar el estándar con que debe actuar la autoridad pública *ex ante*. En efecto, en las sentencias que se reseñarán la judicatura indica –a través de su fallo- cuál es el parámetro que debe seguir la autoridad pública, fijándolo en normas internacionales, lo que tiene por objeto prevenir la violación a los derechos humanos.

Estos casos se relacionan con acciones de amparos interpuestas en contra de Carabineros de Chile, por allanamientos realizados con excesivo uso de la fuerza en comunidades indígenas de la región de la Araucanía. Las Cortes de Apelaciones si bien no constatan en el caso concreto una violación de derechos humanos, sí le indican a la autoridad pública bajo qué normas debe regir su actuación:

“ [...] en cuanto a la solicitud de que se ordene a Carabineros, Prefectura Malleco que en lo sucesivo, su actuar se ajuste al ordenamiento jurídico, con la debida racionalidad y proporcionalidad, resguardando siempre el interés superior de los niños indígenas que integran la Comunidad, debe considerarse que siendo tal requerimiento un mandato legal y constitucional, al cual están obligadas las fuerzas de orden y seguridad pública atendido no sólo lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 de nuestra

Carta Fundamental, sino que también las disposiciones que sobre la materia contiene el Convenio 169 de la OIT, particularmente su artículo 3.2, que dispone: ‘No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio’ y que en este aspecto esta acción constitucional ha sido interpuesta en carácter de preventiva y con la sola finalidad de cautelar la posibilidad real y cierta de que funcionarios de la recurrida lleguen a cometer excesos en los operativos desplegados al interior de esta Comunidad Indígena—o de cualquier otra—, se acogerá el recurso de amparo [...]

“Y visto lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se declara: Que SE HACE LUGAR al recurso de amparo interpuesto [...] **en cuanto a que la Prefectura de Carabineros Malleco deberá efectuar los procedimientos policiales en dicho sector con estricta sujeción a la normativa constitucional y legal vigente,** teniendo una especial consideración respecto de los menores de edad”³⁸⁸.

De esta forma, se indican como límites al actuar de Carabineros, los estándares que fija el Convenio 169 de la OIT en cuanto al uso de la fuerza y el interés superior del niño. Esta aproximación no ha estado exenta de críticas. En efecto, en la Corte Suprema, pese a que se han confirmado los fallos de la Corte de Apelaciones, los ministros Bates y Hernández, en sus votos disidentes han indicado:

“Que la decisión recurrida, en la medida que acoge el arbitrio interpuesto y se formula una declaración general sobre la necesidad de que la fuerza pública proceda, en el ejercicio de sus funciones, con rigurosa sujeción a la legalidad vigente, implica una apreciación implícita de mérito sobre la forma en que la institución llamada constitucionalmente a cautelar el orden público debería enmarcar su acción en el futuro, lo que —a más de

³⁸⁸ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 5 de julio de 2012, rol 449-2012, considerandos 8 y 9. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de diciembre de 2011, rol 1136-2011. El destacado es propio.

inocuo- porque no se explicita que el accionar haya sido ilegal o arbitrario- trasciende los objetivos del recurso”³⁸⁹.

Creo que la aproximación de la Corte de Apelaciones es correcta. Si se ha constatado que el actuar de Carabineros de Chile ha excedido los parámetros razonables del uso de la fuerza y siendo –como expresa la Corte de Apelaciones – el respeto al derecho a la integridad y libertad personal un mandato constitucional (y convencional), corresponde a las Cortes de Apelaciones tomar todas las medidas que permitan “asegurar la debida protección de los afectados” (artículo 21 CPR) y que tengan por objeto evitar el incumplimiento de obligaciones internacionales (en conformidad al mandato de control de convencionalidad). Además, debe recordarse que la acción de amparo es procedente no solo frente a la efectiva privación de los derechos, sino también frente a la “amenaza” de su vulneración (artículo 21 CPR). Una manifestación del ejercicio del control de convencionalidad concreto en el “ámbito de las competencias” de cada magistratura es precisamente tomar todas las medidas que sean necesarias para amparar al afectado ante la amenaza de vulneración de sus derechos, lo que supone establecer parámetros concretos por los cuales la autoridad pública debe guiar su actuar.

3.3.3 Oportunidades perdidas

³⁸⁹ Corte Suprema. Sentencia de 5 de enero de 2012, rol 35-2012, voto disidente de los ministros Bates y Hernández, considerando 7.

Al igual que en el análisis jurisprudencial de la Corte Suprema, en esta sección, quisiera referirme a casos donde, pudiendo haberse ejercido exitosamente un control de convencionalidad, se realizó de manera imperfecta. Este análisis me permitirá identificar algunas de las dificultades que presenta el ejercicio del control de convencionalidad en Chile, con el objeto de plantear soluciones que serán propuestas en el capítulo III.

La problemática de la procedencia e improcedencia de acuerdos reparatorios en contextos de violencia familiar donde la víctima e imputado pertenecen a la etnia mapuche es un buen ejemplo de las problemáticas que trae consigo tomarse “en serio” el ejercicio del control de convencionalidad³⁹⁰.

En estos casos, se discute acerca de si es procedente la adopción de acuerdos reparatorios entre víctimas e imputados pertenecientes a la etnia mapuche en casos de violencia intrafamiliar, pese a la prohibición explícita de celebrar estos acuerdos en la Ley de Violencia Intrafamiliar (VIF)³⁹¹. La Defensoría Penal Pública (DPP) ha solicitado la aplicación de estos acuerdos –pese a la prohibición de la ley de VIF- sobre la base de las normas del Convenio 169 de la OIT que exigen la consideración de la costumbre indígena en los conflictos

³⁹⁰ Un estudio en profundidad de la jurisprudencia en esta materia y un análisis crítico desde el DIDH véase en: LAGOS, C., NASH, C. y NÚÑEZ, C. (et.al). 2013. Violencia contra las mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios. Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. Consúltese también: PALMA, R. y SANDRINI, R. 2014. Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar. Anuario de Derechos Humanos (10):151-161.

³⁹¹ Artículo 19 Ley de VIF: “Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal”.

penales. En estos casos, la DPP sostiene que es un hecho público y notorio que las personas pertenecientes a la etnia mapuche resuelven sus conflictos a través de la conciliación, por lo que solicitan que en aplicación de la costumbre mapuche se adopten los acuerdos reparatorios.

Para resolver estos conflictos, las soluciones de las Cortes de Apelaciones han sido diversas. Por una parte, una postura acepta la aplicación de los acuerdos reparatorios en base a la aplicación del Convenio 169 de la OIT. El razonamiento adoptado es el siguiente:

“Que consta del mérito de los antecedentes, que tanto víctima como imputada tienen apellidos indígenas, de manera que su calidad de tal es indiscutida atendido lo previsto en el artículo 2° de la Ley 19.253.

Que en consecuencia, la controversia en estos autos consiste en determinar si pueden los intervinientes arribar a acuerdos reparatorios, pese a que se encuentra prohibido por el artículo 19 de la Ley 20.066 y **ello por aplicación del Convenio 169, norma de rango superior y que obliga a respetar los métodos de resolución de conflictos de los pueblos originarios.**

Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.

Por otra parte, actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República.

Y visto lo previsto en los artículos 9 y 10 del Convenio 169, artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, SE CONFIRMA la resolución apelada de fecha 14 de julio de 2012³⁹².

En estos casos, la Corte de Apelaciones de Temuco realiza un control de convencionalidad correctivo, que tiene como resultado dejar sin aplicación el artículo 19 de la Ley VIF, con el objeto de garantizar los derechos del Convenio 169 de la OIT.

La otra postura, también emanada de la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Temuco (aunque minoritaria) sostiene que no es posible aplicar estos acuerdos, pues si bien el Convenio obliga a los Estados a considerar la costumbre de los pueblos indígenas en los conflictos jurídicos, esta aplicación diferenciada también tiene límites que emanan del DIDH. Dentro de estos límites, están las obligaciones que tiene el Estado de garantizar a las mujeres una vida libre de violencia³⁹³. El razonamiento en estos casos es el siguiente:

“Que, desde el punto de vista de la pura equidad, repugna aceptar que el marido pueda causar lesiones a su mujer sin que exista sanción impuesta por el ordenamiento jurídico. Un acuerdo reparatorio carece de seriedad si se considera que las más de las veces la mujer acepta el perdón del agravio con tal de mantener la unidad del hogar.

³⁹² Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 2 de agosto de 2012, rol 581-2012. En el mismo sentido: Sentencia de 5 de marzo de 2012, rol 169-2012; sentencia de 19 de enero de 2012, rol 18-2012; sentencia de 23 de noviembre de 2012, rol 1034-2011; sentencia de 4 de enero de 2011, rol 1192-2011; sentencia de 17 de julio de 2012, rol 499-2012; sentencia de 19 de diciembre de 2012, rol 995-2012; sentencia de 18 de diciembre de 2012, rol 970-2012; sentencia de 21 de agosto de 2012, rol 635-2012; sentencia de 27 de octubre de 2012, rol 955-2011; sentencia de 4 de junio de 2012, rol 388-2012 y; sentencia de 24 de enero de 2012, rol 43-2012.

³⁹³ Esta ha sido también la postura del INDH. Véase: INDH. 2012. Amicus Curiae presentado ante la Corte de Apelaciones de Temuco en causa rol 388-2012. Disponible [en línea] <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/114/violencia-contra-mujer-contexto-indigena%20temuco?sequence=1>> [consulta: 7 de septiembre de 2014].

Que en el caso de autos el artículo 9 del citado Convenio N°169 establece un límite para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Ese límite es 'el ordenamiento jurídico Nacional'. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico contiene el artículo 19 N°1 y 3 de nuestra Carta Base; además de los derechos internacionalmente reconocidos y ratificados por nuestro país. Entre estos últimos destaca la **Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer**. No debe olvidarse que esta última convención afirma que 'la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

Que el respeto a las costumbres de los pueblos indígenas no puede pasar aquel límite que significa el respeto a la mujer, cualquiera sea su etnia.

Y teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes, artículo 19 de la Ley N°20.066, artículo 19 N°1 y 3 de la Constitución Política.

Se revoca la resolución apelada de fecha 20 de marzo de 2013, en cuanto aprobó el acuerdo reparatorio a que se había llegado, y sobreseyó definitivamente la investigación, y en consecuencia se ordena la continuación regular del procedimiento³⁹⁴.

En este caso la Corte de Apelaciones también realiza un ejercicio de control de convencionalidad que busca compatibilizar las obligaciones que impone el Convenio 169 de la OIT con la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. El tribunal busca una salida que se conforme con ambas convenciones y opta por descartar la aplicación de los acuerdos reparatorios.

Decía al comienzo de este apartado que estos casos reflejaban la dificultad del ejercicio del control de convencionalidad si este quiere ser realizado de manera

³⁹⁴ Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 3 de mayo de 2013, rol 220-2013. Véase en el mismo sentido: voto de minoría de la sentencia rol 43-2012, redactado por el ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán. El destacado es propio.

completa. El control de convencionalidad supone tener a la vista todo el bloque de convencionalidad a la hora de contrastar las normas internas o el acto de autoridad impugnado con el objeto de garantizar la efectividad de los derechos humanos. El problema radica en que este bloque de convencionalidad es complejo y a la hora de aplicarlo pueden evidenciarse problemas respecto a cuál es la base normativa que debe preferirse para resolver un caso concreto. Al juzgador se le plantea un doble desafío: tener a la vista todo el bloque convencional y adoptar aquella solución jurídica que –sin desconocer ninguna de las obligaciones internacionales en la materia- le permita garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos.

En este caso, la primera solución realizó un control de convencionalidad incompleto pues no consideró las obligaciones que impone el Estado la Convención Belém do Pará. Por su parte, la segunda aproximación no se hizo cargo de las particularidades culturales del titular del derecho en el caso concreto (mujer indígena). De esta forma en ninguno de los dos casos se realizó un control de convencionalidad a cabalidad, el intérprete debe hacerse cargo de que estamos ante una situación compleja que requiere una respuesta que considere al titular de derecho como un todo: mujer e indígena³⁹⁵.

Para resolver estos conflictos en el ejercicio del control de convencionalidad, el DIDH le da herramientas interpretativas al juzgador que le permiten resolver los

³⁹⁵ LAGOS, C. NASH, C. y NÚÑEZ, C. 2013, op.cit., p. 40.

conflictos de manera integral: principio pro persona, integralidad de la interpretación, interpretación culturalmente sensible (frente a casos donde la cultura del titular de derechos justifique una aproximación diferenciada), etc.³⁹⁶ Aplicados estos criterios en estos casos concretos, supone que el juzgador si desea optar por alternativas excluyentes argumente, por una parte, porque se justifica el trato diferenciado de una mujer indígena respecto de una mujer no indígena (y si ese trato diferenciado es objetivo y obedece a un fin legítimo y razonable) y si no, de qué forma en su argumentación se hace cargo de las particularidades culturales de la mujer indígena, excluyendo la realización de acuerdos reparatorios.

No es posible otorgar en abstracto una solución a los conflictos planteados, en cada caso deberá verse si la interpretación que se da busca finalmente proteger a la víctima y hacer efectivos sus derechos de manera integral. Para ello deberán utilizarse todos los instrumentos que forman parte del bloque de convencionalidad y las herramientas de interpretación que caracterizan la hermenéutica en materia de derechos humanos.

Hay otro ejemplo que me permite visibilizar otros aspectos problemáticos de la aplicación del control de convencionalidad en la jurisprudencia nacional. En el año 2013, la pareja lesbiana conformada por Alexandra Benado y Alexandra Gallo, solicitaron inscribir a los hijos biológicos de ésta última (que habían

³⁹⁶ El contenido específico de estas herramientas de interpretación, así como su base normativa será tratada extensamente el capítulo III de este estudio, con el objeto de otorgar lineamientos para un adecuado ejercicio de control de convencionalidad.

nacido producto de técnicas de fertilización asistida), como hijos de Alexandra Benado. El Registro Civil se negó a realizar la inscripción, por cuanto el artículo 182 del Código Civil establece que “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”. Ante este hecho, ambas presentaron una acción de protección alegando que se había vulnerado su derecho a la igualdad ante la ley, siendo víctimas de discriminación, porque a cualquier pareja heterosexual que se somete a fertilización asistida se le reconoce legalmente a ambos sus vínculos de filiación respecto de los hijos o hijas que nazcan producto del tratamiento de fertilización, independiente de quien aporte el material genético³⁹⁷.

La acción fue declarada inadmisibles por la Corte de Apelaciones de Santiago en base a las siguientes consideraciones:

“Que de la presentación de fojas 3, se advierte que la parte recurrente pretende, por vía de protección, modificar la legislación vigente sobre filiación, sin que se señale la ilegalidad en que se ha incurrido, sino más bien, un estatuto que no comparte, circunstancia que es propia de la reserva legal.

“Que en mérito de lo anterior, **los hechos descritos en el recurso exceden las materias que deben ser conocidas por la presente acción constitucional**, atendida su naturaleza cautelar, por lo que no será admitida a tramitación.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el N° 2 del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de sobre tramitación y fallo del recurso de

³⁹⁷ “Humanas presenta recurso de protección para reconocimiento del rol de madres de dos mujeres respecto de sus hijos”. HUMANAS. 16 de abril, 2013. Disponible [en línea] <<http://www.humanas.cl/?p=11826>> [consulta: 8 de septiembre de 2014].

protección, se declara inadmisibile el recurso de protección interpuesto a fojas 3³⁹⁸.

En este caso la Corte de Apelaciones desestima el recurso (sin siquiera acogerlo a tramitación) pues estima que la alegación de las actoras excede a la competencia del recurso y se trata de una materia de reserva legal. Al desestimar la posibilidad de conocer el fondo de la acción, la Corte de Apelaciones de Santiago omite el deber de realizar el control de convencionalidad en el ejercicio de sus competencias.

Sostiene la Corte de Apelaciones que lo solicitado en la acción excede la naturaleza del recurso, sin embargo, la acción de protección tiene por objeto amparar a los individuos frente a privaciones, perturbaciones o amenazas ilegales o arbitrarias en el ejercicio de sus derechos, que era precisamente lo que se buscaba en este caso: impugnar un acto de autoridad que vulneraba derechos fundamentales. No se buscaba en este caso impugnar una norma, sino más bien el acto de autoridad que no permite la inscripción en el registro. En este caso la Corte de Apelaciones realizó una evaluación de mérito aún antes de conocer el fondo del asunto. Por lo demás, aun si la Corte de Apelaciones, en conocimiento del recurso constata que la infracción de garantías constitucionales se debe a la aplicación de una norma, debe tomar todas las medidas que sean necesarias para que ésta no represente un obstáculo para el pleno ejercicio de los derechos humanos.

³⁹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago. Resolución de 15 de abril de 2013, rol 18948-2013, considerandos 2 y 3.

En este caso la Corte de Apelaciones tenía del deber de acoger a tramitación el recurso (ya que se cumplían los presupuestos básicos de admisibilidad, a saber, ser interpuesto en plazo y ser fundado), y debía realizar un control de convencionalidad, considerando sobre todo el precedente asentado en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, donde se obliga al Estado de Chile a que:

“[...] con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la **proscripción de la discriminación por la orientación sexual** de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana”³⁹⁹.

En este caso, precisamente, lo que se constata es una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, existiendo una discriminación basada en la orientación sexual⁴⁰⁰. En este sentido, si la Corte de Apelaciones hubiera tenido en consideración estos estándares, efectuando un control de convencionalidad entre el acto recurrido y las obligaciones internacionales del Estado en la materia, en virtud del mandato convencional, jurisprudencial y constitucional que he analizado extensamente en este estudio, hubiera constatado la infracción convencional.

³⁹⁹ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, op.cit., párr. 284.

⁴⁰⁰ No es objeto de este estudio analizar extensamente porqué este caso constituye un caso de discriminación por orientación sexual, para ver argumentos al respecto consúltese: Presentación ante la CIDH del caso de Alexandra Benado y Alexandra Gallo, caso “madres lesbianas”. Disponible [en línea] <www.humanas.cl> [consulta: 8 de septiembre de 2014].

Luego, la posibilidad que tenía la Corte de Apelaciones, en el ejercicio de su competencia, era interpretar la norma con el objeto de darle un alcance que permita dar efectividad a los derechos de las personas. Sin embargo, en este caso la norma es clara y excluye la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan inscribir un hijo/a simultáneamente. En este sentido, no era posible que la Corte de Apelaciones realizara una interpretación conforme. Pero aun así quedaba una alternativa que no fue explorada por la Corte de Apelaciones: solicitar al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma. En efecto, el juez al constatar la contradicción entre la Constitución y una norma legal (producto de su aplicación en una situación concreta), puede solicitar de oficio al Tribunal Constitucional en virtud del artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República, que declare inaplicable la norma por inconstitucionalidad. En este caso se cumplían los presupuestos para solicitar la inaplicabilidad: 1) existencia de una gestión judicial pendiente; 2) la aplicación del precepto legal resulta decisiva en la resolución del asunto y; 3) existe una contradicción entre el precepto legal y la Constitución (este último punto es materia de análisis de fondo por parte del TC, para la admisibilidad del recurso el juez/a debe motivar fundadamente su solicitud).

Pese a todas estas posibilidades que otorgaba el ordenamiento jurídico, la Corte de Apelaciones declinó de conocer el fondo del recurso, omitiendo su deber de realizar un control de convencionalidad en el marco de sus

competencias. En este caso el “ámbito de sus competencias” le permitía una salida para salvar su responsabilidad internacional por no amparar a las afectadas ante la vulneración de sus derechos fundamentales: la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Este caso da cuenta de las complejidades del ejercicio del control de convencionalidad, que supone analizar en cada caso las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico y tomar aquella decisión -que respetando el marco de competencias del juzgador- permita garantizar que no se apliquen normas contrarias al objeto y fin de las convenciones internacionales.

3.4 Conclusiones acerca de la recepción jurisprudencial del control de convencionalidad en los tribunales superiores de justicia

De la jurisprudencia analizada es posible distinguir tres manifestaciones del ejercicio del control de convencionalidad en la jurisprudencia nacional, que dan cuenta de las amplias posibilidades que tiene la judicatura nacional para dar cumplimiento a su obligación de garantizar los derechos humanos en el marco de sus competencias.

- **Control de convencionalidad y ejercicio hermenéutico:** En esta modalidad, las Cortes interpretan la normativa nacional y le otorgan un contenido y alcance que le permite cumplir con las obligaciones internacionales. Esta posibilidad siempre está presente en el ejercicio de las funciones de la judicatura. Encuentra su límite en la imposibilidad de encontrar una interpretación conforme a las

obligaciones internacionales del Estado, lo que implica la necesidad de expulsar la norma del ordenamiento jurídico. En estos casos los/as jueces/zas pueden acudir al Tribunal Constitucional y solicitar la inaplicabilidad de las normas contrarias a las obligaciones internacionales. Este ejercicio está presente en todas las otras modalidades del control de convencionalidad, pues tanto en el control de convencionalidad correctivo como en el preventivo, lo que se hace finalmente es una interpretación del marco jurídico nacional que busca dar efectividad a los derechos en un caso concreto.

- **Control de convencionalidad correctivo:** En estos casos, el control de convencionalidad opera como un mecanismo para enmendar la errónea aplicación de la ley en contravención de normas internacionales, descartando la aplicación de normas que son contrarias al objeto y fin de los tratados internacionales, prefiriendo la aplicación de la norma internacional (como en los casos de la aplicación del D.L. de Amnistía o de normas civiles sobre la prescripción de la acción de reparación); o constatando la ilegalidad de la acción de la autoridad con un escrutinio que tiene como parámetro el bloque de convencionalidad (como en las acciones de amparo y protección).

- **Control de convencionalidad y eficacia preventiva:** Este es el control de convencionalidad que ha desplegado sus efectos en acciones de amparo y tiene por objeto fijar parámetros de actuación a la autoridad pública, como parte de las acciones que las Cortes están llamadas a hacer para asegurar la protección de las personas frente a la amenaza en el ejercicio de sus derechos. Acá el parámetro sobre el cual se despliega el control está en las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado.

Del análisis de la jurisprudencia analizada puede constatar que existen dificultades en el ejercicio del control de convencionalidad que tienen que ver con: 1) los límites de la interpretación conforme, 2) la remisión a los tratados internacionales sin realizar una aplicación sustantiva de sus estándares y, 3) la complejidad que supone incorporar al análisis un cuerpo normativo diverso.

Por otra parte, si bien los ejemplos analizados dan cuenta de la posibilidad que existe de aplicar el control de convencionalidad en el marco de competencias de la judicatura ordinaria, no constituyen la práctica generalizada de los tribunales de justicia (con la excepción de los casos de violaciones masivas y sistemáticas, donde el ejercicio de control de convencionalidad es más o menos uniforme). En este sentido, los ejemplos analizados son aportes para profundizar la discusión acerca del avance de la judicatura chilena en el ejercicio del control de convencionalidad, pero a partir de ellos no es posible

obtener conclusiones generales acerca de la existencia de práctica asentada y generalizada.

Capítulo III: Criterios para la aplicación del control de convencionalidad en Chile

El camino seguido por esta tesis busca además de identificar las modalidades de aplicación del control de convencionalidad en la jurisprudencia nacional, otorgar criterios para su adecuada aplicación, atendiendo las dificultades que se evidencian en su incorporación en el razonamiento judicial. En este sentido, este capítulo tiene por objetivo sistematizar los criterios que desde la jurisprudencia y la doctrina se han identificado para un adecuado ejercicio de control de convencionalidad.

Los criterios propuestos evidencian un aspecto central en el ejercicio del control de convencionalidad, y es que al ser un ejercicio eminentemente interpretativo, deben analizarse las pautas de interpretación que deben guiar su aplicación. Por otra parte, las dificultades propias del juzgador/a chileno/a en esta materia, también exigen la claridad respecto de ciertos puntos conflictivos de su aplicación, como identificar los límites de la interpretación conforme y la necesidad de incorporar una perspectiva de derechos humanos en el análisis de casos concretos.

Finalmente, en base a los modelos desarrollados por la doctrina y jurisprudencia en la materia, se propone un “modelo de juicio de convencionalidad” que busca precisar los pasos que debe seguir el intérprete en este ejercicio.

1. Principios interpretativos que deben guiar la aplicación del control de convencionalidad

La pluralidad de fuentes, internas e internacionales, del derecho de los derechos humanos, impone una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado⁴⁰¹. Al realizar el ejercicio de control de convencionalidad el/la juzgador/a se debe enfrentar a la compleja tarea de adoptar aquella interpretación que le permita dar efectividad a los derechos humanos, cumpliendo con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Como evidenció en el análisis de casos particulares, este ejercicio supone tener a la vista las normas nacionales e internacionales y la jurisprudencia de los organismos de protección, bloque de normas que no siempre es uniforme y coherente, por lo que puede ocurrir que existan contradicciones entre las normas nacionales e internacionales, entre las normas internacionales entre sí e incluso entre los estándares fijados por los organismos de protección. Además de los conflictos normativos, también pueden existir conflictos interpretativos, respecto al contenido y alcance de los derechos consagrados en instrumentos internacionales. En este sentido, es necesario clarificar cuáles son las herramientas hermenéuticas que deben guiar la interpretación en materia de derechos humanos, de forma tal que el ejercicio de control de convencionalidad sea completo.

La hermenéutica de derechos humanos tiene criterios particulares, propios del sistema de derechos humanos. Estas reglas son aplicables al sistema de

⁴⁰¹ PINTO, M. 1997. Temas de derechos humanos. Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 80.

derechos humanos en general, tanto de fuente nacional como de derecho internacional⁴⁰². BIDART sostiene que como los tratados sobre derechos humanos tienen como objeto y fin propios que tales derechos se hagan efectivos en la jurisdicción interna de los Estados que son parte en dichos tratados, un sistema de derechos en un Estado democrático debe interpretarse de tal modo que logre coherencia y quede cerrado a través de dos fuentes en retroalimentación: la interna e internacional⁴⁰³.

En el ámbito internacional, la particularidad de las reglas de interpretación en materia de derechos humanos se ha justificado a partir de las diferencias que existen entre los tratados sobre derechos humanos y los tratados tradicionales. Mientras los tratados tradicionales tienen por fin regular concesiones recíprocas entre Estados, los tratados sobre derechos humanos y las normas de derechos humanos, en general, tienen como fin último la protección de la persona humana. Consecuentemente, no cabría entenderlos en un sentido restrictivo para las obligaciones de los Estados, ni juzgarlos a la luz de la soberanía de éstos, ni de acuerdo con las intenciones particulares de los mismos al suscribirlos o ratificarlos, sino que debe privilegiarse una interpretación en favor

⁴⁰² SAGÜÉS, N. 1998. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En: Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro homenaje a Germán Bidart Campos). Lima, Ediciones Jurídicas Grijley, pp. 33- 52. NOGUEIRA, H. 2003. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional. Doctrina y jurisprudencia. Revista Ius et Praxis, 9 (1): 403-466.

⁴⁰³ Bidart entiende que el sistema “cierra” cuando el Estado incorpora el DIDH a su derecho interno en un espacio suficiente que le otorga completitud e integridad al mismo sistema. En: BIDART, G. 1998. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. En: V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, UNAM.

de los derechos⁴⁰⁴. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones sobre derechos humanos una dinámica de expansión permanente. Este carácter particular de los tratados sobre derechos humanos ha sido reconocido por la Corte IDH:

“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción [...]”⁴⁰⁵.

Esta especialidad de las normas de derechos humanos se fundamenta en las necesidades de protección de las víctimas, por lo que sus enunciados son un piso y no un techo en cuanto a su contenido y alcance⁴⁰⁶. Como señala CANÇADO, “las normas jurídicas del derecho de los derechos humanos deben ser interpretadas y aplicadas teniendo siempre presentes las necesidades apremiantes de protección a las víctimas, y reclamando, de ese modo, la humanización de los postulados del derecho público clásico”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ SAGUÉS, N. 1998, op.cit., p. 13.

⁴⁰⁵ Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr.29. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 104.

⁴⁰⁶ CASTILLA, K. 2009. El principio pro persona en la administración de justicia. Cuestiones Constitucionales, (20): 68.

⁴⁰⁷ CANÇADO, A.A. 2001, op.cit., p. 48 y 49.

Esta especial naturaleza de los tratados de derechos humanos se refleja en las normas de interpretación que le son aplicables, que se recogen en los mismos tratados y que han sido desarrolladas en la jurisprudencia internacional y nacional. A continuación, me referiré a estas reglas, con el objeto de precisar los lineamientos que deben guiar el ejercicio de control de convencionalidad⁴⁰⁸. Se destacará también que gran parte de estas herramientas de interpretación han sido recepcionadas por la jurisprudencia nacional como guías de interpretación en derechos humanos.

1.1 Principio pro persona

Un aspecto fundamental para realizar el ejercicio de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales, es tener en consideración el criterio interpretativo pro persona para determinar la convencionalidad de la norma o un acto a la luz del “bloque de convencionalidad”. En efecto, el bloque de convencionalidad, al estar compuesto por la CADH y sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte IDH, y por los tratados de los cuales es parte el Estado, abre una

⁴⁰⁸ Se enuncian los principales principios interpretativos. En la doctrina se han añadido otros principios, que son manifestaciones de los mismos principios aplicados respecto de ciertos derechos específicos o bien características de los derechos humanos. Así por ejemplo, se destaca el principio de la “progresividad” de la interpretación, principalmente para resolver casos relacionados con derechos económicos, sociales y culturales (véase, NIKKEN, P. 2010. La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Revista IIDH, (52): 55-140); el principio de la “indivisibilidad” entre los derechos, que más que un principio interpretativo, considero que es una característica de los mismos (véase: NOGUEIRA, H. 2003, op.cit, p. 431); la “interpretación culturalmente sensible”, principio aplicado a casos relacionados con derechos de los pueblos indígenas (véase: NASH, C. 2014. La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos. En: NASH, C. y BAZÁN, V. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales N°4: Pluralismo Jurídico. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Universidad del Rosario, pp. 61-72) y; principio de la “universalidad”, que también corresponde a una característica de los derechos humanos (véase: SAGUÉS, N. 1998, op.cit, p. 10), entre otros.

amplitud de posibilidades de “cotejo”, donde pueden existir diversas respuestas para un mismo conflicto, ya sea porque existan dudas acerca de cuál norma aplicar, o cuál es la interpretación más adecuada. En este sentido, el principio pro persona como criterio hermenéutico otorga pautas claras para resolver estos conflictos.

El principio pro persona es una pauta de interpretación que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se “debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”⁴⁰⁹. Como herramienta de preferencia (ya sea interpretativa o de normas), tiene un extenso desarrollo normativo y jurisprudencial en el DIDH. En el ámbito normativo, se encuentra reconocido en el PIDCP, artículo 5.2⁴¹⁰, mientras que la CADH lo reconoce como criterio hermenéutico en el artículo 29⁴¹¹. Junto con esta base normativa,

⁴⁰⁹ PINTO, M. 1997. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. En: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, CELS y Editores del Puerto, p.163.

⁴¹⁰ Artículo 5.2 PIDCP: “2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

⁴¹¹ Artículo 29 CADH. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos

resulta fundamental el que la CVDT señale como criterio de interpretación de los tratados internacionales la necesidad de atender al objeto y fin del instrumento⁴¹². En el ámbito de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, siendo el objeto y fin la protección de los derechos de la persona, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor de esta protección.

En la jurisprudencia de la Corte IDH, pueden reconocerse diversos usos de este principio. Así, se ha utilizado como herramienta de preferencia de interpretación⁴¹³ (por medio de la interpretación extensiva de los derechos e interpretación restringida de los límites) y como mecanismo de preferencia de normas⁴¹⁴ (preferencia de la norma más protectora o la conservación de la norma más favorable)⁴¹⁵.

y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

En otros instrumentos internacionales, véase: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 5); Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes (artículo 1.1); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 41); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 5).

⁴¹² Artículo 31 CVDT. Regla general de interpretación. “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

⁴¹³ La formulación clásica de esta doctrina se encuentra en la Opinión Consultiva OC-5/85. “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos)” de la Corte IDH de 13 de noviembre de 1985, párr. 52.

⁴¹⁴ Por ejemplo, en Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr.181.

⁴¹⁵ Esta distinción se encuentra desarrollada en: CASTILLA, K. 2009, op.cit.; CARPIO, E. 2004. La interpretación de los derechos fundamentales. Lima, Editorial Palestra y; NASH, C. 2012. El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: NOGUEIRA, H. 2012, op.cit.

Como mecanismo de preferencia de normas, permite solucionar conflictos donde sean aplicables una o más normas vigentes. A este respecto, la Corte IDH ha indicado que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”⁴¹⁶. En su vertiente de conservación de la norma más favorable, se relaciona con un criterio de temporalidad, con el objeto de mantener la norma más favorable pese a la expedición de una nueva que pueda desaplicar la anterior⁴¹⁷.

Conforme a este principio, el criterio clásico de la jerarquía de la norma cede ante el carácter más favorable de otra norma de jerarquía inferior⁴¹⁸. En este sentido, este principio ayuda a superar el debate relacionado con la jerarquía de las normas, pues teniendo como fin último la protección de los derechos de las personas, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos sin importar su posición jerárquica⁴¹⁹.

Por su parte, como mecanismo de preferencia interpretativa permite al juzgador tomar una decisión respecto a qué interpretación elegir frente a múltiples interpretaciones de una misma norma. Esto implica que se deben interpretar restringidamente los límites y extensivamente los derechos. Respecto de la

⁴¹⁶ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, op.cit., p. 51.

⁴¹⁷ CASTILLA, K. 2009, op.cit., p. 74.

⁴¹⁸ RODRÍGUEZ, G. 2014. Artículo 29. Normas de interpretación. En: STEINER, C. y URIBE, P. Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. BOGOTÁ, Konrad Adenauer Stiftung, p. 712.

⁴¹⁹ CASTILLA, K. 2009, op.cit., p. 72.

primera variable, esto no significa que los derechos no puedan restringirse o suspenderse, sino más bien que las restricciones que se establezcan, sean sólo aquellas estrictamente necesarias para el fin que se busca y que menos limite el ejercicio de los derechos⁴²⁰. Como indica la Corte IDH: “entre las varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido [...] es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo legítimo”⁴²¹. En cuanto a la interpretación extensiva de los derechos, se debe preferir aquella interpretación que optimice un derecho fundamental, dándole un contenido y alcance más amplio o una interpretación que mejor proteja los derechos humanos⁴²².

CARPIO identifica en este principio interpretativo, subprincipios⁴²³, tales como el *indubio pro operario*⁴²⁴, *indubio pro reo*⁴²⁵, *favor libertatis*⁴²⁶, *favor debilis*⁴²⁷, *in dubio pro libertate*⁴²⁸ e *indubio pro actione*⁴²⁹. Todas estas son manifestaciones concretas del principio pro persona en diversas áreas.

⁴²⁰ CASTILLA, K. 2009, op.cit., p. 77.

⁴²¹ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, op.cit., párr. 46.

⁴²² CASTILLA, K. 2009, op.cit., p. 78.

⁴²³ CARPIO, E. 2004, op.cit., p. 332 a 336.

⁴²⁴ Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

⁴²⁵ En caso de duda se favorece al imputado o acusado.

⁴²⁶ Entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego.

⁴²⁷ En la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o, dicho negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad con la otra.

⁴²⁸ En duda a favor de la libertad.

La aplicación de este principio también tiene límites, que están relacionados con la integridad del sistema. Al respecto, la Corte IDH ha indicado que “el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alternación del sistema”⁴³⁰. En efecto, la aplicación de este principio no exime al juzgador de realizar una interpretación armónica en aras de hacer convivir distintos derechos entre sí, o los derechos con las necesidades del bien común⁴³¹.

Como señalé respecto a la vinculación del/la juez/a nacional a la jurisprudencia de la Corte IDH, en atención al principio pro persona, el tribunal nacional podrá preferir una interpretación o norma nacional para resolver el conflicto, y en ese sentido, podrá alejarse de la interpretación que ha realizado la Corte IDH. Como señala GARCÍA, el DIDH es el piso de los derechos y no el techo⁴³². Así, el parámetro del control de convencionalidad puede ser válidamente ampliado en sede nacional cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión⁴³³. Sin embargo, para realizar legítimamente este ejercicio, la magistratura nacional deberá dar argumentos para justificar en qué medida la normativa o interpretación nacional protege más efectivamente los derechos humanos. De lo contrario, el Estado corre el riesgo de incurrir en

⁴²⁹ Concretización del principio pro homine en el ámbito procesal y, en particular, con aquellos atributos que forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

⁴³⁰ Corte IDH. Asunto Viviana Gallardo y otras, No.101/81, 13 de noviembre de 1981, párr.16.

⁴³¹ SAGÜÉS, N. 1998, op.cit., p. 7.

⁴³² GARCÍA, S. 2011. op cit., p.139.

⁴³³ FERRER MAC-GREGOR, E. 2012, op.cit., p.92.

responsabilidad internacional por incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

En el derecho interno, la aplicación de este principio no solo es imperativa por su consagración en instrumentos internacionales, sino también por mandato constitucional. El Capítulo I de la Carta Fundamental, particularmente el artículo 1 parte por afirmar que las personas “nacen libres en dignidad y derechos” y que el Estado debe “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece”. Acto seguido indica que “el Estado está al servicio de la persona humana”. Este mandato se operativiza en el deber que se impone al Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ya sea que su fuente sea internacional o estén en la Constitución (artículo 5)⁴³⁴. De esta forma, pese a que no esté consagrado expresamente, es el texto de la Constitución Política el que privilegia una interpretación que tenga como fin la protección de los derechos de las personas, que son expresión de la dignidad humana y a cuyo servicio de encuentra el Estado⁴³⁵.

La aplicación de este principio ha tenido recepción en la jurisprudencia constitucional. Así por ejemplo, en la discusión acerca de si la norma del

⁴³⁴ PEÑA, M. El principio pro homine o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: NOGUEIRA, H. 2013, op.cit, p. 139.

⁴³⁵ Ídem.

artículo 186 del Código Penal era aplicable al imputado y a la víctima, el Tribunal Constitucional indicó:

“Que, a mayor abundamiento, un juicio de constitucionalidad, como el que en esta oportunidad se realiza, no puede prescindir del hecho de que las normas que confieren derechos deben interpretarse de tal manera que potencien el goce del respectivo derecho y no al revés. Esta afirmación no es sino una consecuencia del clásico principio de interpretación favor homine o favor persona que obliga, precisamente, al intérprete normativo a buscar aquella interpretación que más favorezca los derechos de las personas que antes que aquella que los anule o minimice [...]

“Es así como una interpretación amplia del artículo 186 del Código Procesal Penal, en lo que respecta a ‘persona afectada’ por una investigación que no se ha formalizado, que incluya tanto al imputado como a la víctima o querellante, resulta, también, más acorde con el aludido principio hermenéutico cuya fuente última se encuentra en la consagración de la dignidad de la persona en el inciso primero del artículo 1 de la Carta Fundamental. Al mismo tiempo, refuerza el Estado de Derecho, consagrado en los artículos 6 y 7 de la Ley Suprema, al realzar, en todo su vigor, los derechos que ella garantiza”⁴³⁶.

En este caso la fuente de la aplicación del principio pro persona emana de la norma Constitucional⁴³⁷ y se utiliza como mecanismo de preferencia interpretativa, es decir, prefiriendo aquella interpretación que otorga un alcance más amplio al derecho.

⁴³⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia de 5 de octubre de 2010, rol 1484-2010, considerando 25. Otras sentencias que se han referido al principio pro persona, véase: Tribunal Constitucional. Sentencia de 19 de mayo de 2009, rol 1191-2009 y, sentencia de 18 de abril de 2008, rol 740-2008.

⁴³⁷ En los votos particulares de los Ministros Francisco Fernández, Carlos Carmona, José Antonio Viera –Gallo y Gonzalo García, en la sentencia que decidió el requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 102 del Código Civil (matrimonio), aludió al principio pro persona fundándolo en el DIDH: “[L]os tratados Internacionales de Derechos Humanos obligan al reconocimiento de un estándar que los Estados no pueden ignorar al adoptar regulaciones sobre la materia. En tal sentido, ha de tenerse presente que los derechos reconocidos en tales instrumentos deben interpretarse conforme al principio pro homine y pro libertatis y, en ningún caso, en forma que signifique una limitación a ampliaciones de los mismos derechos que los Estados puedan establecer”. Véase: Tribunal Constitucional. Sentencia de 3 de noviembre de 2011, rol 1881-2011, considerando 8 de la prevención.

Como mecanismo de preferencia de normas, destaca el razonamiento el Ministro Sergio Muñoz en su voto disidente en un caso sobre prescripción de la acción civil de indemnización de perjuicios:

“[E]l ‘pro homine o favor persona’, que tiene por objeto aplicar siempre la norma que mejor asegure y garantice la vigencia de los derechos fundamentales. Cuando hay dos posibles normas referentes a derechos fundamentales, una de derecho interno (acción posiblemente prescriptible) y otra de derecho internacional (acción imprescriptible) que consagran soluciones antagónicas, corresponde necesariamente preferir las que permiten reconocer, declarar y potenciar el ejercicio de derechos”⁴³⁸.

Como vemos, el principio pro persona no solo goza de reconocimiento en los tratados y jurisprudencia internacional, sino también en nuestro ordenamiento jurídico. Es un principio interpretativo que deben tener en consideración los juzgadores/as al momento de realizar el ejercicio de control de convencionalidad, con el objeto último de dar una mayor protección a los derechos de las personas.

1.2 Interpretación evolutiva o dinámica

Otro principio fundamental en la hermenéutica de derechos humanos es el de la “interpretación dinámica” o “evolutiva”. Este principio se funda en que los derechos humanos se encuentran en constante evolución desde que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos, en efecto, desde ese momento los derechos han ido ampliando su contenido a través de los distintos tratados y

⁴³⁸ Corte Suprema. Sentencia de 28 de septiembre de 2012, rol 12055-2011, considerando 19.

convenciones que se han referido a ellos⁴³⁹. Como señala CANÇADO, los derechos humanos nacen como una reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva; en el marco de este *corpus iuris* no podemos estar indiferentes al aporte de otras áreas del conocimiento y tampoco al tiempo existencial, las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo de los seres humanos⁴⁴⁰. Por ello, los tratados no pueden ser sino “instrumentos vivos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos”⁴⁴¹.

La Corte IDH ha fundado este principio en el artículo 29 de la CADH y en las normas de interpretación de la CVDT.

“[L]os tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”⁴⁴².

En efecto, el artículo 29 de la CADH indica que “ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier

⁴³⁹ NOGUEIRA, H. 2003, op.cit., p. 430.

⁴⁴⁰ Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. Voto Concurrente del Juez A.A. Cancado Trindade, párrs. 4 y 5.

⁴⁴¹ CANÇADO, A.A. 2001, op.cit., p. 47.

⁴⁴² Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 155. En el mismo sentido, entre otros: Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, op.cit, párr. 114; caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 245.

derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Por su parte la CVDT establece que al interpretar un tratado, no sólo se toman en consideración los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso 2 del artículo 31), sino que también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso 3 artículo 31). Sobre este principio también ha resaltado la importancia de considerar la manera en que las distintas fuentes del DIDH se influyen entre sí:

“El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”⁴⁴³.

En aplicación de este principio, la Corte IDH ha entendido, por ejemplo, que el derecho a la propiedad (artículo 21 de la CADH) incluye la propiedad comunal⁴⁴⁴, que la orientación sexual es una condición social en virtud de la cual se encuentra prohibido discriminar⁴⁴⁵, o que los procedimientos de

⁴⁴³ Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 120, y El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, op.cit., párr. 115.

⁴⁴⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 117.

⁴⁴⁵ Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, op.cit, párrs. 83 y ss.

fertilización asistida son conformes a la CADH y no vulneran el derecho a la vida⁴⁴⁶.

La aplicación de este principio en el derecho interno se manifiesta con claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre inaplicabilidad del D.L de Extranjería⁴⁴⁷. La primera aproximación del Tribunal Constitucional para resolver este caso, es que la normativa vigente en Chile data de 1975 y que es “pre constitucional”⁴⁴⁸. En ese sentido, constata que en el estado actual de la regulación respecto a la migración “el derecho interno y el desarrollo jurisprudencial establecen la respectiva evolución de un mínimo coherente con la dignidad humana”⁴⁴⁹.

Luego de analizar la evolución del DIDH en la materia y el estado actual de la regulación, indica que “no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión de extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad [perspectiva clásica sobre la cual estaba

⁴⁴⁶ Corte IDH. Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica, op.cit. En este caso la Corte IDH constató que “la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención” (párr.246), por lo que para resolver la controversia analizó los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al estatus legal del embrión y las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV. Tras este análisis concluye las prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la CADH, y que ninguno de los Estados analizados ha considerado que la protección del embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan técnicas de reproducción asistida (párr.256).

⁴⁴⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 de julio de 2013, rol 2273-2013.

⁴⁴⁸ *Ibíd*em, considerando 7.

⁴⁴⁹ *Ibíd*em, considerando 8.

basada nuestra normativa]. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad del orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país⁴⁵⁰ y sobre la base de estas consideraciones interpreta las facultades de la autoridad, como vimos en el análisis de jurisprudencia en el capítulo II.

La aplicación de este principio en el ejercicio del control de convencionalidad tiene particular importancia cuando se trata de analizar derechos que no están consagrados en el ámbito interno y que si han recibido reconocimiento en el DIDH por la evolución de la interpretación o por la adopción de nuevas convenciones. Asimismo, es relevante en aquellos casos donde existen cláusulas cuyo contenido es abierto y permite su interpretación de acuerdo a la evolución del derecho en la materia. En ambos casos, esta interpretación permite también al Estado ajustar sus normas al actual desarrollo del DIDH y cumplir con sus compromisos internacionales.

1.3 Interpretación sistemática o integral

Este principio interpretativo tiene íntima relación con el anterior, pues supone reconocer que todas las fuentes normativas se influyen recíprocamente, por lo que al momento de interpretar el juzgador debe tomar en consideración el cuerpo normativo de la Constitución, las normas de *ius cogens*, los tratados

⁴⁵⁰ *Ibidem*, considerando 13.

internacionales que ha ratificado el Estado, los principios generales del derecho, las resoluciones de organismos internacionales y la jurisprudencia internacional.

La Corte IDH ha resaltado que según el argumento sistemático, las normas “deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen. En este sentido, el Tribunal ha considerado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste [...] sino también el sistema dentro del cual se inscribe [...] esto es, el derecho internacional de los derechos humanos”⁴⁵¹.

De esta forma, este principio busca que la interpretación que se logre sea coherente con el sistema jurídico del que forma parte, de manera de no adoptar decisiones incompatibles con los principios que inspiran el sistema⁴⁵². Como señala SAGÜÉS, “el producto interpretativo debe ser útil, procurando que las distintas normas se concilien y no que se destruyan”⁴⁵³.

La referencia a la utilización de este sistema de interpretación es clara cuando la Corte IDH habla de la existencia de un *corpus iuris* de derechos humanos

⁴⁵¹ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, op.cit., párr. 191. En el mismo sentido véase: 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. 43.

⁴⁵² D’ ASPREMONT, J. 2012. The systemic integration of international law by domestic courts: domestic judges as architects of the consistency of international legal order. Oxford, Amsterdam Center for international law.

⁴⁵³ SAGÜÉS, N. 1998, op.cit., p. 6.

dentro del cual la CADH forma parte⁴⁵⁴. Así, por ejemplo, para dotar de contenido al artículo 19 de la CADH (derechos de los niños y niñas) ha indicado: “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”⁴⁵⁵.

La importancia de la aplicación de este principio de interpretación se refleja en los problemas que trae consigo su desatención en el caso analizado sobre acuerdos reparatorios en contextos de violencia intrafamiliar contra la mujer mapuche. Si el/la juzgador/a hubiera tomando en consideración la interpretación integral, no hubiera desentendido las obligaciones que establecía la Convención Belém do Pará o el Convenio 169 de la OIT en aquellas sentencias que optaron por caminos dicotómicos. La importancia de considerar todas las normas aplicables y buscar una interpretación armónica de las mismas, es que permite asegurar además de la coherencia del sistema, el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. Si se desatiende un tratado o norma aplicable a la controversia, el Estado corre el riesgo de incurrir en una infracción a sus obligaciones. Como indicó recientemente la Corte IDH en su opinión consultiva sobre niñez migrante, es necesario tomar en consideración como

⁴⁵⁴ BURBORGUE-LARSEN, L. 2014. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana. *Revista de Estudios Constitucionales*, 12 (1): 121.

⁴⁵⁵ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 188.

fuentes de derecho aplicables a la resolución del conflicto, todas las convenciones relevantes en que sean parte los Estados americanos, “a fin de efectuar una interpretación armónica con las obligaciones internacionales”⁴⁵⁶.

1.4 Interpretación teleológica

Conforme a la interpretación teleológica, el/la juzgador/a debe interpretar la norma jurídica interna y su interrelación con los tratados de derechos humanos, teniendo en consideración el fin último que busca la norma⁴⁵⁷. Este principio está consagrado en la CVDT que indica que los tratados deben interpretarse de acuerdo a su objeto y fin (artículo 31). El objeto y fin de los tratados de derechos humanos, como he indicado, es la protección de la persona humana. Este mandato genérico se actualiza en este principio atendiendo al fin particular de la norma que se interpreta.

En el ámbito interamericano, respecto de este principio la Corte IDH ha indicado:

“En una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección. En este sentido, tanto la interpretación sistemática como la teleológica están directamente relacionadas”⁴⁵⁸.

En el ámbito nacional este tipo de interpretación destaca en aquellas sentencias que analizan las normas de la LRPA. En el caso que vimos en el

⁴⁵⁶ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, op.cit., párr. 58.

⁴⁵⁷ NOGUEIRA, H. 2003, op.cit., p. 432.

⁴⁵⁸ Corte IDH. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, op.cit., párr. 59 y Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica, op.cit., párr. 257.

capítulo II, el tribunal debía definir si respecto de los adolescentes, les era aplicable la sanción de incorporación de su huella digital al registro de condenados. Al respecto, la Corte Suprema razonó sobre la base de los objetivos de la LRPA, que eran precisamente dar concreción a los principios de la CDN:

“Que la Ley N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente, inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos preveía un castigo de prisión disminuido. Lo anterior es consecuencia del artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño que dispone que los niños infractores deberán ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, lo que encuentra reconocimiento legal en el artículo 2° de la ley ya citada, en el que se dispone que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

“Que, los referidos criterios normativos son recogidos en la ley ya referida y generan un conjunto de derechos que legitiman la reacción penal. Se dispone, entonces, de normas penales especiales que sólo son aplicables a los jóvenes porque los medios punitivos y toda la actividad estatal ante el ilícito tienen en cuenta que ha de ejecutarse sin desatender el interés superior del niño, esto es -brevemente- sin afectar el desarrollo del menor. Lo anterior es directa consecuencia de haberse aceptado que los destinatarios de unas y otras normas, los adolescentes y los adultos, son distintos.

“Que, consecuentemente, ha de aceptarse que estas últimas reglas conforman el subsistema penal aplicable a los adolescentes, que tienen el carácter de especiales, y que las comunes han de entenderse como de aplicación subsidiaria”⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ Corte Suprema. Sentencia de 28 de julio de 2012, rol 5428-2012, considerandos 1, 2 y 3. En el mismo sentido: Corte Suprema. Sentencia de 6 de agosto de 2009, rol 5339-2009.

Conforme a este criterio interpretativo, que supuso analizar los fines de la LRPA a la luz de la CDN, la Corte Suprema determinó que la sanción de inclusión de los adolescentes en el registro nacional de condenados no se conformaba con los fines de la legislación⁴⁶⁰.

Este principio interpretativo también ha sido utilizado en aquellos casos en que se impugnan resoluciones de calificación ambiental por omitir el trámite de consulta previa. Al respecto, la Corte Suprema se ha referido a los fines del Convenio 169:

“Que conviene dejar consignado que el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegura el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible.

“De ello se sigue que **cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella**. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados”⁴⁶¹.

En consideración a estos fines y a las normas del Convenio 169 de la OIT, la Corte Suprema determinó que las normas de participación que habían sido aplicadas (normas de ordenanza de urbanismo y construcción) no satisfacían los estándares de la consulta previa, por lo que la Corte Suprema mandató al

⁴⁶⁰ Ibídem, considerando 5.

⁴⁶¹ Corte Suprema. Sentencia de 13 de julio de 2011, rol 258-2011, considerando 5. El destacado es propio.

órgano ambiental a realizar la consulta conforme a los estándares internacionales.

Como vemos, la consideración de los fines particulares de las normas de derechos humanos pueden ser útiles para desentrañar si los actos impugnados están cumpliendo o no con esos fines, lo que tiende finalmente a lograr una mayor protección de la persona y a cumplir con las obligaciones del Estado.

2. Nudos críticos en la aplicación del control de convencionalidad

A través del análisis de casos de “oportunidades perdidas” intenté ilustrar algunos de los nudos críticos de la aplicación del control de convencionalidad en la jurisprudencia nacional. Estos nudos tienen que ver fundamentalmente con tres problemáticas: a) la vigencia de la doctrina de la jerarquía infraconstitucional de los tratados sobre derechos humanos⁴⁶²; b) no recurrir a la aplicación de normas internacionales, privilegiando la solución del conflicto a través de la norma internacional y; c) la identificación de los límites de la interpretación conforme y la utilización de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁴⁶³. A continuación se profundizarán los argumentos que

⁴⁶² Respecto a este “nudo” en la aplicación de control de convencionalidad no profundizaré, puesto que los argumentos respecto a su respecto han sido desarrollados en amplitud en el capítulo II.

⁴⁶³ Respecto de las dos últimas problemáticas, quisiera agradecer a las juezas/es que participaron del curso “Sistema Interamericano de protección de derechos y control de convencionalidad” dictado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile entre los días 22 a 24 de abril de 2014, quienes con sus comentarios me iluminaron acerca de los principales desafíos de la aplicación del control de convencionalidad en el quehacer jurisdiccional.

intentan dar respuestas (si bien no definitivas), si constituyen aproximaciones a estas problemáticas.

2.1 La importancia de aplicar el DIDH y el argumento de la “suficiencia de la norma nacional”

Como veíamos en los casos de resolución de reclamos de nacionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema, eran frecuentes los votos concurrentes que mencionaban la necesidad de “omitir” de los considerandos la referencia al DIDH sobre la base de considerar que la normativa nacional proveía una resolución adecuada al conflicto. Además, en dichos fallos la alusión al DIDH no formaba parte de un ejercicio de aplicación sustantiva, sino más bien un ejercicio de complementariedad de la argumentación. En este contexto, es que en este apartado me gustaría realizar algunas precisiones respecto a la importancia de argumentar desde el DIDH para un adecuado ejercicio de control de convencionalidad.

En primer lugar, es importante aclarar que las normas sobre DIDH forman parte del ordenamiento jurídico nacional. Es decir, son norma vigente y obligatoria al igual que las demás normas, lo único que las diferencia es su origen: internacional. En este sentido, argumentar que no es necesaria su aplicación en un caso concreto supone desconocer un cuerpo normativo de obligatoria aplicación e implica afirmar que el sistema internacional pasa a ser un sistema normativo alternativo o subsidiario, al cual no es necesario recurrir para resolver

conflictos de derechos fundamentales⁴⁶⁴. Al ser de aplicación obligatoria (por formar parte del ordenamiento), desconocer su pertinencia para resolver un caso concreto puede traer como consecuencia la incursión en un error de derecho por falsa aplicación de la ley (no aplicar una disposición que era pertinente aplicar)⁴⁶⁵.

Por otra parte, no recurrir a la normativa internacional para fundar un fallo también trae consigo el riesgo de incumplir obligaciones internacionales. Al omitir el ejercicio de control de convencionalidad, que supone necesariamente realizar un cotejo con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado, la decisión que adopte el juzgador, puede ser contraria al objeto y fin de las normas de derechos humanos de fuente internacional y hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

En segundo lugar, es importante identificar la violación a derechos humanos cuando su infracción trae como consecuencias específicas para el Estado. Por ejemplo, en el ámbito de los derechos de la mujer, no es indiferente identificar y enfocar un caso como un problema de “lesiones” contra una mujer propio del ámbito del derecho penal, que como un caso de “violencia contra la mujer”. Es relevante –no solo para la mujer- sino que también para las obligaciones que

⁴⁶⁴ CDH. 2014. Boletín de jurisprudencia de la SCJN N°1, p. 13. Disponible [en línea] < <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/104.pdf> > [consulta: 13 de septiembre de 2014]. El sistema que es subsidiario es el de protección internacional (en su función contenciosa), pero no la aplicación de sus normas o estándares por parte del juzgador nacional.

⁴⁶⁵ Esta es la causal del recurso de casación en el fondo que se ha utilizado en casos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, al indicar que no se ha aplicado normativa pertinente para resolver el asunto.

trae aparejadas para el Estado, situar los casos pertinentes en un contexto de discriminación estructural que afecta a las mujeres y que determina, en gran medida, ciertas características particulares de la violencia que las afecta y que se distingue claramente de los delitos comunes de lesiones y de homicidio⁴⁶⁶. En efecto, en estos casos la violencia contra las mujeres considerada como una violación de derechos humanos establece deberes más estrictos para los Estados en cuanto a la prevención, investigación, sanción y reparación de las víctimas, tanto respecto de las garantías procesales como de la protección de otros derechos humanos sustantivos. Definir o categorizar la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación y una violación a los derechos humanos implica definir el alcance de las obligaciones de prevenir, erradicar y sancionar, así como de las consecuencias de su incumplimiento, que surgen para el Estado frente a los actos de violencia contra las mujeres⁴⁶⁷.

Finalmente, me parece relevante destacar que no es posible desconocer los efectos que tiene para la persona ser reconocida como una víctima de violaciones a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. La ley no sólo tiene una función estructurante del ordenamiento social, sino que tiene también una dimensión simbólica que permite producir el ordenamiento de

⁴⁶⁶ CDH. 2014. Boletín de jurisprudencia de la SCJN N°2, p. 11. Disponible [en línea] < <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/108.pdf> > [consulta: 13 de septiembre de 2014].

⁴⁶⁷ NACIONES UNIDAS. Estudio a Fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General. Sexagésimo primer periodo de sesiones, Tema 60 a) de la lista provisional, Adelanto de la mujer, 06 de julio de 2006, A/61/122/Add.1, p. 21.

nuevas significaciones⁴⁶⁸. Lo que hace una sentencia en su función simbólica es reparar a través del establecimiento de justicia. Si se reconoce la infracción a una obligación de origen también internacional, se explicita a través de la sentencia que el Estado ha incumplido con consensos compartidos por la comunidad internacional y se reestablece a la víctima a su dignidad. La sentencia tiene un efecto simbólico que permite definir un problema y darle una definición como violación de derechos humanos, lo que puede traer como consecuencia el envío de un mensaje hacia la sociedad acerca de la urgencia y la gravedad del problema⁴⁶⁹.

En definitiva, el enfoque propuesto, comprensivo de las normas de derechos humanos de fuente internacional y nacional, tiene por objetivo último alcanzar la efectividad de la protección de los derechos de las personas y el cumplimiento de las obligaciones del Estado. En este sentido, en virtud de las argumentaciones expuestas, cuando el juzgador se enfrente a un caso particular, deberá aplicar todo el bloque de derechos humanos pertinente para el caso, de fuente nacional e internacional. No existen impedimentos para aplicar únicamente la normativa nacional en la medida en que el/la juzgador/a

⁴⁶⁸ GUILIS, G. 2005. El concepto de reparación simbólica. En: Memorias del Seminario Internacional de integración de abordajes y acciones psicosociales en la asistencia jurídica a víctimas. Bogotá, CELS.

⁴⁶⁹ RODRÍGUEZ, C. y RODRÍGUEZ, D. 2009. Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá, Dejusticia. En este texto, los autores explican cómo las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana permitieron visibilizar el desplazamiento forzado en Colombia como una violación de derechos humanos, cambiando la percepción social de que se trataba un efecto colateral aceptado de la guerrilla.

especifique de qué manera ésta ofrece una mejor protección para la persona humana en conformidad al principio pro persona. Esta labor no está completa con la sola referencia al tratado internacional, como indica MUÑOZ:

“la labor que no es posible desatender por los tribunales nacionales es tener en consideración el sistema de fuentes del derecho en su integridad, considerando especialmente el sistema internacional. En otras palabras, desarrollar una interpretación racional, contextual, informada y responsable, con todos los textos nacionales e internacionales a la vista, considerando, como se ha dicho, la naturaleza de los tratados, su objeto y fin. No se requiere indicar que se está llevando adelante un control de convencionalidad, pero efectuarlo en los hechos y en el derecho. En definitiva, desarrollarlo, pues de lo contrario la labor de justificación y argumentación de la decisión estaría incompleta”⁴⁷⁰.

2.2 Casos límite y la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Como vimos del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, ésta aún no ha clarificado de manera precisa los límites de la interpretación conforme y cuando es necesario declarar inconvencional la norma. Este debate se puede trasladar a la esfera nacional cuando debemos resolver cuando el juez nacional debe enviar al Tribunal Constitucional una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y cuando debe realizar una interpretación conforme.

Antes de profundizar en los criterios que me parecen relevantes para dilucidar la problemática, quisiera realizar algunas precisiones previas. Al existir debate en nuestro país respecto al rango de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, las posibilidades de ejercer la acción de inaplicabilidad

⁴⁷⁰ MUÑOZ, S. 2014, op.cit., p. 237.

por inconstitucionalidad tiene dos sentidos para el control de convencionalidad: 1) estimar que los derechos humanos consagrados en tratados internacionales son objeto directo del control de constitucionalidad al tener rango constitucional y, por tanto, el Tribunal Constitucional al realizar el control de constitucionalidad realiza a su vez directamente un control de convencionalidad o; 2) que los derechos humanos consagrados en tratados internacionales son una herramienta hermenéutica que permite dotar contenido y alcance a las normas constitucionales, y en ese sentido, cuando el Tribunal Constitucional realiza el control de constitucionalidad adopta una decisión conforme a los estándares internacionales al incorporar sus estándares de manera sustantiva.

En ambos casos, la alegación de norma infringida en la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sería la norma de reenvío del artículo 5 de la Constitución Política, en conjunto con alguno de los derechos del artículo 19 de la Constitución Política, si es pertinente.

Al respecto, la pregunta que pretendo responder es la siguiente: ¿Cuándo el juzgador nacional debe ejercer la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para cumplir con el mandato de control de convencionalidad? Para responder esta pregunta, es preciso trasladar los parámetros fijados en el apartado 6.3 del Capítulo I, aplicados a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

- **La norma es directamente contraria a las normas internacionales y no es posible a su respecto una interpretación conforme al bloque de convencionalidad**

La regla general del ejercicio del control de convencionalidad es la búsqueda de una interpretación conforme al bloque convencional. Estas nociones, aplicadas al ámbito interno, nos permiten concluir que el/la juez/a sólo va a ejercer la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad cuando no sea posible una interpretación conforme a la Constitución y en atención a que no tiene facultades para declarar inconstitucional la norma, reenvía el asunto al Tribunal Constitucional.

Esta aproximación es compartida por la doctrina y jurisprudencia constitucional. En efecto, se indica que el reenvío al Tribunal Constitucional sólo debe hacerse cuando exista una contradicción manifiesta entre la Carta Fundamental y la ley, ya que en caso de duda la presunción favorece la constitucionalidad del precepto legal⁴⁷¹. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado (en sus criterios de admisibilidad de las acciones de inaplicabilidad), que “una norma será contraria a la Constitución sólo cuando no exista posibilidad alguna de comprenderla o darle eficacia dentro del marco de la misma”⁴⁷². Esta conclusión emana no solo de la presunción de constitucionalidad de que gozan normas legales, sino también porque el Tribunal Constitucional ha afirmado el respeto

⁴⁷¹ NOGUEIRA, H. 2009. Las mutaciones de la Constitución Política de la República producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional ¿El Tribunal Constitucional como poder constituido o como poder constituyente en sesión permanente? *Revista de Estudios Constitucionales*, 7 (2):389-427.

⁴⁷² Tribunal Constitucional. Sentencia de 19 de agosto de 2008, rol 815-2007, considerando 34.

por la distribución de competencias en el ordenamiento jurídico, indicando que: “esta magistratura debe actuar con corrección funcional, es decir, debe respetar el reparto de competencias entre los distintos órganos del Estado. En este sentido, no puede invadir el campo propio de los jueces de fondo, llamados a definir el sentido y alcance de los preceptos legales y de los conflictos entre leyes”⁴⁷³.

En este sentido, comparto plenamente el criterio fijado por el Ministro Carmona en su voto por rechazar del requerimiento de inaplicabilidad en la sentencia 2215-2013, por estimar que era posible por parte de los jueces de fondo realizar una interpretación conforme de la norma:

“[...] no le corresponde a esta Magistratura sustituir al juez ordinario definiendo una interpretación legal correcta. Una intervención en ese sentido lo convierte en un juez de casación, o sea, en guardián de la correcta aplicación de la ley; y desnaturaliza el reparto de competencias que nuestro ordenamiento jurídico establece entre los distintos órganos jurisdiccionales;

“Que la presunción de constitucionalidad de la ley y el principio de interpretación conforme tienen plena aplicación en el presente caso, pues existe una interpretación que armoniza el texto impugnado con la Carta Fundamental. Ello impide a esta Magistratura declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal impugnado, pues existe una duda más que razonable para proceder en este sentido. No es definitivo que exista una incompatibilidad indudable entre el artículo impugnado y la Carta Suprema;

En el contexto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad hay que tener claro que se trata de un control concreto y no abstracto de

⁴⁷³ Tribunal Constitucional. Sentencia de 30 de diciembre de 2010, rol 1867-2010. Véase también el voto del Ministro Carmona en la sentencia rol 2215-2013, considerando 9.

constitucionalidad. Es decir, lo que se debe demostrar es que la norma resulta inconstitucional en su aplicación al caso concreto, como ha indicado el TC, “el tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución”⁴⁷⁴.

Un ejemplo de los casos “límite” que habilitan al juzgador a enviar el caso al Tribunal Constitucional, lo constituye la norma del artículo 182 del Código Civil analizada en el apartado 3.3.3 del capítulo II. En efecto, en este caso la disposición que establece que “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”, excluye directamente a la mujer que es pareja de la mujer que se sometió a la técnica de reproducción asistida, y no le permite ser considerada como madre. El tribunal nacional (Corte de Apelaciones o Corte Suprema), en este caso no tiene la posibilidad de darle un contenido diverso a la norma que permita su compatibilidad con las obligaciones internacionales del Estado (no discriminación), pues aquello implicaría modificar directamente la norma o bien declararla inconstitucional. Ante esta dificultad, tiene la posibilidad de plantear la duda de constitucionalidad ante el TC mediante la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

- **Es posible la interpretación conforme pero se ha evidenciado una aplicación generalizada por parte de los tribunales de**

⁴⁷⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia de 27 de julio de 2006, rol 480-2006, considerando 27 y sentencia de 11 de diciembre de 2007, rol 806-2007, considerando 26.

justicia de una interpretación contraria a las obligaciones internacionales del Estado

Decía en el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, que si bien es positivo que el/la juzgador/a tenga la posibilidad de garantizar los derechos convencionales a través de una interpretación conforme al bloque de convencionalidad de los actos y normativa nacional, resulta riesgoso dejar vigente una norma respecto de cuál se ha evidenciado una tendencia de aplicación contraria a las obligaciones internacionales del Estado. Este peligro radica en que una aplicación anticonvencional no solo deja en la desprotección a las personas que buscan amparo en la justicia, sino que también trae consigo que el Estado incurra en responsabilidad internacional⁴⁷⁵. Es por ello, que sostengo que en aquellos casos en que pese a existir la posibilidad de una interpretación conforme, el/la juzgador/a constate una tendencia generalizada de una aplicación contraria a los derechos de las personas, debe accionar el mecanismo de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, con el fin de que el Tribunal Constitucional declare inaplicable la norma. Cabe aclarar que esto no substituye a la labor del juez/a, éste siempre debe realizar la interpretación conforme, acudir al TC solo tendría por objeto lograr una eventual expulsión de la norma del ordenamiento jurídico.

Si bien esta declaración de inaplicabilidad tendrá efectos solo para el caso concreto (si es acogida), tendrá como efecto generar un precedente que con

⁴⁷⁵ Sobre esto, véase lo argumentado en el apartado 6.3 del Capítulo I.

posterioridad podrá ser utilizado para declarar la inconstitucionalidad de la norma con efecto *erga omnes* en virtud de la acción de inconstitucionalidad.

Un ejemplo de la interpretación propuesta la adoptó la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) en el amparo en revisión 142/2013⁴⁷⁶. En efecto, ante la disyuntiva de dejar vigente una norma que admitía una interpretación conforme (disposición del Código Civil que restringía el matrimonio a parejas heterosexuales), o declararla inconstitucional (considerando que en México la SCJN tiene la facultad de declarar inconstitucional una norma), optó por esta última alternativa considerando la situación de discriminación que viven las personas homosexuales en México y que se refleja en normas y aplicación de normas contrarias al principio de igualdad y de no discriminación. Indica la SCJN que un planteamiento que no aspire a declarar inconstitucional una norma para todas las situaciones similares es incompatible con un Estado constitucional de derecho que aspira a tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos. Señala la SCJN:

“Si se considera que una norma es discriminatoria, la interpretación conforme no repara dicha discriminación porque lo que buscan las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación y su inclusión expresa en el régimen jurídico en cuestión; en otras palabras, no sólo acceder a esa institución, sino **suprimir el estado de discriminación generada por el mensaje transmitido por la norma**. En ese orden de ideas, los quejosos y quejas buscan encontrarse legal y

⁴⁷⁶ SCJN. Amparo en revisión 152/2013, sentencia de 23 de abril de 2014.

expresamente en una situación de igualdad y no discriminación en cuanto a la figura del matrimonio se refiere.

[...]

“En ese entendido, la obligación de reparar a los quejosos cuando se ha concluido que existe una violación a los derechos humanos de éstos es una de las fases imprescindibles en el acceso a la justicia. En el caso específico, al ser un asunto de discriminación legislativa, basada no sólo en juicios de valor del legislador, sino arraigado en mayor o menor medida en la sociedad, **el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades y de impulsar un cambio cultural**. Así, la respuesta por parte del Poder Judicial ante este tipo de violaciones –discriminación con base en categorías sospechosas– debe no sólo puntualizar la violación específica por parte de una autoridad y cambiarla, sino que también debe buscar disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, reconocidos en el artículo 1º constitucional [...]”⁴⁷⁷.

La aplicación de este supuesto requiere la identificación de una norma respecto de la cual se haya constatado su aptitud para favorecer interpretaciones contrarias al bloque convencional, ya sea porque la norma es ambigua o siendo claro su sentido, se ha optado por una interpretación restrictiva de los derechos de las personas. La interpretación propuesta favorece en mayor medida los derechos de las personas y, por sobre todo, aboga por el efecto útil de las normas en el ámbito interno. En efecto, en la medida en que el/la juez/a nacional asuma su papel de garante, necesariamente tendrá que acudir a los criterios que más beneficien la aplicación de los estándares internacionales en el ámbito interno.

⁴⁷⁷ *Ibíd*em, el destacado es propio.

Como comentario final, cabe destacar que la hipótesis desarrollada por la Corte IDH respecto a la necesidad de exhortar al legislador a regular una determinada materia cuando se detecta que los vacíos o lagunas favorecen una interpretación de la norma contraria a las obligaciones internacionales (véase *supra* 6.3), adquiere aptitud de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico a través de la posibilidad que tiene la Corte Suprema de informar al Presidente de la República acerca de las dudas y dificultades que hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que se noten en ella en conformidad al mandato del artículo 5 del Código Civil⁴⁷⁸. Por otra parte, cabe destacar que la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico no habilita al/la juez/a nacional a excusarse de resolver el conflicto (principio de la inexcusabilidad)⁴⁷⁹, ni tampoco le permite adoptar una decisión contraria a las obligaciones internacionales por la inexistencia de una norma que dirima la controversia. Por el contrario, las lagunas conforman un espacio apropiado para desarrollar una argumentación que integre el DIDH en el razonamiento jurídico.

3. Conclusiones al capítulo: modelo de juicio de convencionalidad

A continuación se ofrece una propuesta de modelo de juicio de convencionalidad que cierra este capítulo que tenía por objetivo entregar lineamientos para una adecuada implementación del control de

⁴⁷⁸ Artículo 5 del Código Civil: “La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas”. Véase también artículo 102 N°4 del Código Orgánico de Tribunales.

⁴⁷⁹ Artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”.

convencionalidad en el ámbito interno. El modelo propuesto está basado en los criterios entregados por la Corte IDH⁴⁸⁰, con aportes de la doctrina⁴⁸¹ y jurisprudencia comparada⁴⁸² y recoge los elementos interpretativos explicados en el capítulo.

- **Identificación de derechos afectados en el caso concreto**

Un primer paso en el ejercicio del control de convencionalidad es definir los derechos afectados en el caso concreto sobre la base de los hechos allegados al proceso. Este primer paso es particularmente relevante para definir si nos enfrentamos o no ante un caso de derechos humanos. Como veíamos en el análisis de la jurisprudencia nacional, es importante definir un caso como una situación de afectación de derechos, pues a través de este enfoque es que podemos incorporar toda la normativa del DIDH. Para esta determinación no solo habrá que mirar los hechos concretos del caso, sino también el contexto en el que se sitúan. El rol del contexto⁴⁸³ puede ser relevante para definir, por ejemplo, si estamos frente a una situación de discriminación estructural, si los

⁴⁸⁰ Véase Capítulo I.

⁴⁸¹ Véase: FAJARDO, Z. El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica. Documento inédito en proceso de edición e impresión. Disponible [en línea] <http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf> [consulta: 13 de septiembre de 2014] y; NASH, C., NOGUEIRA, A. y NÚÑEZ, C. (et.al.). 2012, op.cit, p. 62 y 63.

⁴⁸² Al respecto, me guiaré fundamentalmente por la jurisprudencia emanada de la SCJN que ha desarrollado profusamente la doctrina del control de convencionalidad en su jurisprudencia. Véase al respecto: SCJN. Expediente Varios 912/2010, julio de 2011, párrs. 31 y 33. Disponible [en línea]: <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011> [consulta: 13 de septiembre de 2013].

⁴⁸³ Sobre la importancia del contexto, véase por ejemplo: Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, op.cit. Consúltese también: ABRAMOVICH, V. 2009. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el SIDH. Revista Sur, 6 (11): 7-39.

afectados son miembros de un grupo en situación de vulnerabilidad, etc., hechos que exigen una respuesta diferenciada por parte del juzgador.

- **Base normativa aplicable: “Bloque de convencionalidad”**

Luego de definir los derechos afectados en el caso concreto, se debe analizar cuál es la base normativa aplicable. Recordemos que para el ejercicio de control de convencionalidad el parámetro está compuesto por: los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile⁴⁸⁴ y la jurisprudencia de los órganos de protección entendida en un sentido amplio⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Convención Internacional sobre Todas las Formas de Discriminación Racial (promulgada el 12 de noviembre de 1971); Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (promulgada el 26 de noviembre de 1988); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (promulgada el 26 de noviembre de 2011); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (promulgado el 29 de abril de 1989); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (promulgado el 27 de mayo de 1989); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (promulgada el 9 de diciembre de 1989); Convención sobre los Derechos del Niño (promulgada el 27 de septiembre de 1990); Convención Americana sobre Derechos Humanos (promulgada el 5 de enero de 1991); Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (promulgado el 20 de agosto de 1992); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (promulgada el 11 de noviembre de 1998); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (promulgada el 20 de febrero de 2002); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (promulgada el 8 de junio de 2005); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (promulgada el 17 de septiembre de 2008); Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (promulgado el 17 de septiembre de 2008); Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (promulgado el 14 de julio de 2008); Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (promulgado el 16 de diciembre de 2008); Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte (promulgado el 5 de enero de 2009); Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (promulgado el 14 de febrero de 2009); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (promulgada el 24 de febrero de 2010); Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (promulgada el 16 de abril de 2011).

⁴⁸⁵ Comprensiva también de las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH. Respecto del alcance de la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos en que Chile no ha sido parte, véase *supra* 5.3.2.

Estas normas, junto con la jurisprudencia internacional, fijarán el estándar sobre el cual podemos desprender el contenido y alcance del derecho y las obligaciones específicas que se derivan para el Estado. De este análisis puede resultar que las normas consagren estándares diversos (más amplios o más restrictivos) o incluso contrapuestos. Si existen diversas normas aplicables al caso concreto, la elección de la norma aplicable será aquella que favorezca en mayor medida la protección de los derechos de las personas en virtud del principio pro persona.

- **Juicio de convencionalidad**

Luego de definir los derechos afectados en el caso concreto y la base normativa que servirá de parámetro, se realiza el juicio de convencionalidad propiamente tal. Este supone interpretar la normativa interna de manera tal que se conforme con el bloque de convencionalidad. En este ejercicio, el/la juzgador/a debe aplicar los principios interpretativos que sean pertinentes para la resolución del caso concreto: principio pro persona, interpretación evolutiva, integral y teleológica. El objetivo final es dotar de efectividad a los derechos en el caso concreto. En ese sentido, no es un ejercicio de control de convencionalidad aquel que solo hace referencia a los tratados internacionales que ha ratificado Chile, pero no hace una aplicación sustantiva de sus estándares, ni tampoco aquel que utiliza el argumento de la suficiencia de la normativa nacional para resolver el conflicto. En este último caso, si el/la juzgador/a desea apartarse de los estándares internacionales, deberá ofrecer una argumentación que permita

sostener que la normativa nacional protege más eficazmente los derechos de las personas en el caso concreto.

El resultado de este ejercicio puede ser diverso y sus consecuencias variarán dependiendo del juzgador.

En el caso del Tribunal Constitucional, si el ejercicio de convencionalidad es negativo (la norma es contraria al bloque de convencionalidad), debe declarar la inaplicabilidad de la norma para el caso concreto (si está frente a una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad) o su inconstitucionalidad (acción de inconstitucionalidad). Este ejercicio también deberá realizarlo en el marco de su competencia preventiva.

Por su parte, en el caso de los demás juzgadores/as, estos deberán realizar una interpretación que busque dar efectividad a los derechos en el ámbito interno. Si esta labor no es posible, porque la norma es abiertamente contraria al bloque de convencionalidad, deberá plantear una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Pero, si pese a que es posible una interpretación conforme se constata la existencia de un patrón generalizado de aplicación contraria a los estándares internacionales, deberá preferirse también su reenvío al Tribunal Constitucional para buscar una posible declaración de inconstitucionalidad en el futuro.

Conclusiones generales

El control de convencionalidad, con dicha denominación, nace en el seno de la jurisprudencia de la Corte IDH. A lo largo de su jurisprudencia, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance de este control, hasta llegar a una definición que permite distinguir dos modalidades de ejercicio del control de convencionalidad: internacional y nacional.

El control de convencionalidad, en su dimensión internacional, es el ejercido por la Corte IDH y supone contrastar las acciones del Estado con sus obligaciones internacionales. En dicho análisis, puede constatar que una norma o acto es contrario a la CADH y ordenar su expulsión del ordenamiento jurídico. En el ámbito interno, es el ejercido por toda autoridad pública en el marco de sus competencias e implica determinar si la norma o acto analizado se conforma a las obligaciones internacionales del Estado.

Del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH se desprende que las bases normativas de la obligatoriedad del control de convencionalidad en el ámbito interno emanan de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y de los artículos 26 y 27 de la CVDT, en virtud de los cuales se concluye que los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe, no pudiendo excusar su incumplimiento en disposiciones de derecho interno. Es por ello, que las autoridades, en virtud de la obligación de garantía, deben tomar todas las medidas que sean necesarias para asegurar el goce efectivo de los derechos

en el ámbito interno, lo que se concretiza en la realización del control de convencionalidad.

En el ámbito nacional, el control de convencionalidad se fundamenta además en una lectura conjunta de los artículos 1, 5 y 6 de la Constitución Política de la República. En virtud de estas normas se concluye que la Carta Fundamental incorpora a los tratados que consagran normas de derechos humanos como un límite a la soberanía, lo que implica que todos los órganos del Estado deben actuar conforme a este mandato, debiendo respetar y garantizar los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, que pueden estar reconocidos tanto en la misma Carta Fundamental, como en tratados internacionales ratificados por Chile. Este fundamento de la realización del control de convencionalidad ha sido reconocido expresamente por la Corte Suprema.

Pese a que el ejercicio del control de convencionalidad no es masivo en la jurisprudencia nacional, existen ejemplos que dan cuenta de las diversas modalidades de ejercicio del control y sus posibilidades en el ámbito interno. Así por ejemplo, en el Tribunal Constitucional, pese a las dificultades que representa su implementación por la doctrina de la infraconstitucionalidad de los tratados internacionales, ha existido un progresivo avance hacia la plena incorporación del control en su más reciente jurisprudencia, que mediante la alusión a la noción de bloque de constitucionalidad, permite hacer operativo el

control de convencionalidad como parte del ejercicio de control de constitucionalidad. Por su parte, en la Corte Suprema el control de convencionalidad se ha ejercido de manera consistente y constante en casos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, mediante la declaración de inconformidad del D.L de amnistía o de las normas sobre prescripción de la acción penal. Pese a que su desarrollo en otras temáticas no ha sido tan amplio, ha ido abriéndose paso en temas relacionados con derechos de los niños y niñas. Las Cortes de Apelaciones, han generado abundante jurisprudencia que permite identificar diversas modalidades del ejercicio del control de convencionalidad fundamentalmente en acciones de amparo y protección: control de convencionalidad como ejercicio hermenéutico, correctivo y con eficacia preventiva. Estas modalidades ilustran las amplias posibilidades que tiene la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito interno, permite superar las objeciones a su ejercicio, y demuestra que la incorporación sustantiva de estándares internacionales puede ser determinante para la protección de los derechos de las personas.

Sin embargo, aún persisten algunas dificultades en su ejercicio que fueron identificadas en el análisis de casos concretos. Por una parte, la tesis de la infraconstitucionalidad de las normas de derechos humanos de fuente internacional persiste como un argumento para sostener la imposibilidad de ejercer el control. Como vimos, este no puede ser un argumento válido si consideramos que la discusión en el ámbito del control de convencionalidad no

es de jerarquía normativa, sino de preferencia normativa. Frente al requisito de eficacia de la protección de los derechos de las personas, la cuestión de la jerarquía cede terreno en aras de la finalidad última del sistema de protección de los derechos humanos: que las personas puedan gozar y ejercer plenamente sus derechos. Es claro que con independencia del modelo constitucional diseñado en cada Estado, este no puede ser una excusa para no cumplir con sus compromisos internacionales y, por lo tanto, el sistema debe dar respuestas efectivas a las necesidades de protección de derechos de las personas. Una respuesta efectiva, conciliadora con el modelo constitucional nacional, es la utilización de la noción de bloque de constitucionalidad.

Junto con esta dificultad, además puede identificarse que es frecuente en la argumentación de los tribunales superiores de justicia descartar la aplicación de normas de fuente internacional so pretexto de la preferencia de la norma nacional o no hacer una aplicación sustantiva de sus estándares. El ejercicio del control de convencionalidad exige el contraste con el bloque de convencionalidad, es la única forma de que el juzgador se asegure en el cumplimiento de las obligaciones del Estado y haga efectiva la protección. Además, para la víctima es relevante que su caso sea visibilizado como una violación de derechos humanos, sobre todo cuando este enfoque trae consigo obligaciones diferenciadas para el Estado. Si el juzgador/a desea aplicar preferentemente la normativa nacional, deberá argumentar que dicha opción se funda en que esta garantiza una mayor protección a las personas.

El modelo constitucional chileno ofrece diversas posibilidades para el ejercicio de control de convencionalidad. Un modelo de control concentrado de constitucionalidad no obstaculiza su ejercicio. Los tribunales nacionales deberán siempre velar porque su decisión se conforme a las obligaciones internacionales del Estado y, salvo que ello no sea posible por la incompatibilidad manifiesta de la ley con los estándares internacionales, deberá recurrir al Tribunal Constitucional. Esta hipótesis encuentra una excepción en aquellos casos en que sea necesaria de todas formas declarar inconstitucional la norma, con el objeto de evitar el riesgo de su aplicación contraria a los derechos de las personas.

El reto que tienen los/las operadores/as de justicia y los juzgadores/as, en particular, no es fácil. Supone conocer los estándares internacionales, profundizar el desarrollo argumentativo y, por sobre todo, tomarse en serio su labor de garantes de los derechos humanos. En un adecuado ejercicio de control de convencionalidad se juega gran parte de la legitimidad del sistema internacional de protección y fundamentalmente la integralidad de la protección. Los primeros llamados a ejercer el rol de garantes son los tribunales nacionales, si esta labor no es efectiva y no da respuestas frente a la violación de los derechos de las personas, el sistema internacional –con sus evidentes limitaciones- se transformará para los ciudadanos/as en una instancia más en la búsqueda de protección. Es abundante la doctrina que explica que la actualidad estamos frente a un sistema de protección multinivel de los derechos humanos

y de un diálogo jurisprudencial entre las Cortes nacionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. El diálogo quedará vacío y sólo existirá un nivel de protección si se omite el ejercicio de control de convencionalidad en el ámbito interno. Superados los argumentos formales a su ejercicio, sentadas las bases normativas que lo habilitan e ilustradas sus posibilidades de aplicación, la respuesta efectiva del Estado y, en particular de los jueces/zas, tiene bases robustas para consolidarse.

Referencias bibliográficas

1. ACNUDH y SCJN. 2012. Tendencias de los Tribunales Constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad. México D.F.
2. ABRAMOVICH, V. 2009. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el SIDH. Revista Sur, 6 (11): 7-39
3. ANDRADE, C. 1991. Reforma de la Constitución Política de la República de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
4. AGUIAR, A. 1993. La Responsabilidad del Estado por violación de Derechos Humanos (apreciaciones sobre el acto de San José). Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 17: 9-46.
5. AGUILAR, G. 2012. El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 de mayo de 2012. Revista de Estudios Constitucionales, 10(2): 717-750.
6. ARÉVALO, Á y TRONCOSO, C. 2010. El régimen de aprobación de los Tratados Internacionales luego de la Reforma Constitucional de 2005. Estudios 2010. Sociedad Chilena de Derecho Internacional.
7. ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS DE CIRCUITO Y JUECES DE DISTRITO. 2014. El control de convencionalidad y las cortes nacionales: la perspectiva de los jueces mexicanos. México D.F, Editorial Porrúa.
8. AYALA, C. 2013. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad. México, Editorial Porrúa.
9. BASCUÑÁN, A. 2003. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
10. BAZÁN, V y NASH, C. 2011. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung y Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile.

11. BAZÁN, V. 2010. La Corte Interamericana y las Cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable. En: VIII CONGRESO MUNDIAL de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: 6 a 10 de diciembre de 2010. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

_____ 2011. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 18: 63-104.

12. BERTELSEN, R. 1996. Rango jurídico de los tratados en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 23 (2-3): 211-222.

13. BENADAVA, S. 1992. Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos. En: LEÓN, A. Nuevos desafíos del derecho internacional. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

_____ 1997. *Derecho Internacional Público*. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur.

14. BIDART, G. 1994. La interpretación de los derechos humanos. Buenos Aires, Editorial Ediar.

_____ 1998. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. En: V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, UNAM.

15. BUERGENTHAL, T. y CANÇADO, A.A. (Eds.) *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, Tomo I. San José, IIDH.

16. BURBORGUE-LARSEN, L. 2014. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana. *Revista de Estudios Constitucionales*, 12 (1): 121.

17. CANÇADO, A.A. 2001. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

18. CAPELETTI, M. 1961. La jurisdicción constitucional de la libertad. México D.F, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM.

19. CARPIO, E. 2004. La interpretación de los derechos fundamentales. Lima, Editorial Palestra.

20. CASTILLA, K. 2009. El principio pro persona en la administración de justicia. *Cuestiones Constitucionales*, (20): 68.
- _____ 2013. ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (13): 51-97.
21. CAZOR, K. y PICA, R. 2009. Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿evolución hacia un amparo imperfecto? *Revista Nomos*, (3): 13-39.
22. CDH. 2014. Boletín de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Materia de Derechos Humanos N°1. Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho Universidad de Chile.
23. CONTESSE, J. 2013. ¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ponencia presentada en el Seminario SELA. [en línea] <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf> [consulta: 4 de agosto de 2014].
24. CONTRERAS, P. 2013. Control de convencionalidad y discrecionalidad estatal. En: Primer Congreso de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. México D.F, UNAM e ITAM.
25. COX, F. 2014. Caso Lonkos: La revolución que no fue. *Diario El Mercurio*, Santiago, Chile, 31 de julio.
26. CUMPLIDO, F. 1996. Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los Tratados Internacionales. *Revista Chilena de Derecho* 23 (2-3): 255-258.
27. D' ASPREMONT, J. 2012. The systemic integration of international law by domestic courts: domestic judges as architects of the consistency of international legal order. Oxford, Amsterdam Center for international law.
28. FAÚNDEZ, H. 2004. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales, 3ª ed. San José, IIDH.
29. FAJARDO, Z. El control difuso de convencionalidad en México: elementos dogmáticos para una aplicación práctica. Documento inédito en proceso de edición e impresión. Disponible [en línea]

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf> [consulta: 13 de septiembre de 2014]

30. FERRER MAC-GREGOR, E. 2011. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García Montiel Flores Vs. México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, (131):917-967.

_____ 2013. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año XIX, pp.607-638.

31. FERRER MAC GREGOR, E. y PELAYO, C. 2012. La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista de Estudios Constitucionales, 2 (10): 141-192.

32. FERNÁNDEZ, K. 2010. Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos, cometidos durante la dictadura militar. Revista de Estudios Constitucionales 8 (1): 467-488.

33. FERRAJOLI, L. 2004. Derechos y garantías: la ley del más débil. Madrid, Editorial Trotta.

_____ 2006. Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. Revista Doxa, 29:15-31.

34. FIGUEIREDO, R. 2013. O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 19: 395-416

35. FIX ZAMUDIO, H. 1968. Introducción al estudio de la defensa de la Constitución. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, (1):89-118.

_____ 1993. Justicia Constitucional, ombudsman y derechos humanos. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

36. FUENTES, X. 2007. El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja. Ponencia presentada en el Seminario SELA realizado en Puerto Rico, 2007. [en línea]

<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf>
[consulta: 14 de marzo de 2014].

37. GALDÁMEZ, L. 2013. Comentario jurisprudencial. La consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre ley de pesca, roles 2387-2012 CPT y 2388-2012 CPT acumulados. Revista de Estudios Constitucionales, 11 (1):624.

38. GARCÍA, A. 2006. Tratados internacionales según la reforma de 2005. Revista de Derecho Público, (68):72-82.

_____ 2007. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo. Revista de Derecho Público (69):503-510.

39. GARCÍA, D. 2005. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos. En: La Corte Interamericana de derechos humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004. San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos. [en línea]
<<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>> [consulta: 30 de marzo de 2014].

40. GARCÍA, S. 2011. El control judicial interno de convencionalidad. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 28 (5): 123-159.

41. GARGARELLA, R. 5 comentarios sobre la decisión de la Corte Interamericana en Gelman. [en línea]
<<http://seminariogargarella.blogspot.com/2011/06/5-comentarios-sobre-la-decision-de-la.html>> [consulta: 9 de abril de 2014]

42. GAMA, L. 2012. Ilegitimidad democrática del control difuso y presunción de constitucionalidad de las leyes. Revista Sufragio, (8):34-40.

43. GERMÁN, A. y CANÇADO, A.A 1998. Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos. En: MENDEZ, J. y COX, F. (Ed.) El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. San José, IIDH.

44. GONZÁLEZ, O. 2012. Acerca del 'control de convencionalidad' por parte de los operadores de justicia (nacionales e internacionales) en situaciones de justicia transicional. Revista IIDH, 56: 215-271.

45. GUILIS, G. 2005. El concepto de reparación simbólica. En: Memorias del Seminario Internacional de integración de abordajes y acciones psicosociales en la asistencia jurídica a víctimas. Bogotá, CELS.

46. HENRÍQUEZ, M. 2007. Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional. Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. Revista de Estudios Constitucionales, 5: 119-126

_____ 2008. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. Revista de Estudios Constitucionales, 6 (2):73-119.

_____ 2010. Análisis jurisprudencial de la aplicación de los tratados de derechos humanos en recursos de protección (1989-2010). Revista de Estudios Constitucionales, 8 (2):745-762.

_____ 2014. La polisemia del control de convencionalidad interno. Revista Colombiana de Derecho Internacional, (24):113-141.

47. HITTERS, J. 2009. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Revista de Estudios Constitucionales, 7 (2): 109-128.

48. HIGHTON, E. 2010. Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En: VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, E. y MORALES, M. (Coord.). La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina? Tomo I. México D.F, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

49. INDH. 2012. Amicus Curiae presentado ante la Corte de Apelaciones de Temuco en causa rol 388-2012. Disponible [en línea] <<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/ha>

[ndle/123456789/114/violencia-contra-mujer-contexto-indigena%20temuco?sequence=1](http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/ha)> [consulta: 7 de septiembre de 2014].

50. IBÁÑEZ, J. 2012. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos, (8):103-113.

51. JINESTA, E. 2012. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. En: FERRER MAC-GREGOR, E. (Coord.) El control de convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Querétaro, Fundap.
52. LAGOS, C., NASH, C. y NÚÑEZ, C. (et.al). 2013. Violencia contra las mujeres indígenas en el marco de las relaciones familiares: pautas para decidir la procedencia de acuerdos reparatorios. Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile.
53. LONDOÑO, M. 2010. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 43 (128):761-814.
54. MATUS, J. 2006. Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre aplicación jurisprudencial de decreto ley 2191 de amnistía, de fecha 19 de abril de 1978. Revista Ius et Praxis, 12: 275-296.
55. MATURANA, C. 2006. Los órganos jurisdiccionales. Material de estudio para el curso de Derecho Procesal, Facultad de Derecho Universidad de Chile.
56. MARIÑO, F. 2005. Derecho Internacional Público, Parte General. Madrid: Editorial Trotta.
57. MEJÍA, J. 2013. Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 19: 467-488.
58. MEDINA, C. 1996. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Sistema Jurídico y Derechos Humanos, cuaderno de análisis jurídico N°6. Santiago, Universidad Diego Portales.
59. MORALES, E. 1987. Explicaciones de derecho procesal. Tomo I. Santiago.
60. MOSQUERA, M. y MATURANA, C. 2010. Los Recursos Procesales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
61. NASH, C. 2006. La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena. En: LEÓN, A., et.al. La aplicación judicial de los tratados internacionales. Serie Democracia y Judicatura. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

_____2012. Reparaciones en el caso Radilla Pacheco vs. México. En: GUTIÉRREZ, C. y CANTÚ, S (Coord.). El caso Rosendo Radilla Pacheco: impacto e implicaciones en el nuevo modelo constitucional en derechos humanos. México D.F, Editorial Ubijus y CMDPDH.

_____2013. Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación. México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa.

_____2014. Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo: Responsabilidad Internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chileno, Tomo XVII. Santiago, Thomson Reuters y Legal Publishing.

_____2014. La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos. En: NASH, C. y BAZÁN, V. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales N°4: Pluralismo Jurídico. Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Universidad del Rosario

62. NASH, C., NOGUEIRA, A. y NÚÑEZ, C. (et.al). 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile.

63. NIKKEN, P. 2003. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario, Tomo I. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA y AECID, Costa Rica.

_____2010. La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Revista IIDH, (52): 55-140.

64. NOGUEIRA, H. 2003. Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional. Doctrina y jurisprudencia. Revista Ius et Praxis, 9 (1): 403-466.

_____2005. La Reforma Constitucional de 2005 a los artículos 50 N°1 y 82 de la Constitución en materia de Tratados Internacionales. En: La Constitución reformada de 2005. Santiago, Editorial Librotecnia.

_____ 2005. D.L de Amnistía 2191 de 1978 y su armonización con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Revista de Derecho, 18 (2): 107-130.

_____ 2005. El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad. En: ZÚÑIGA, F. (Coord.) Reforma constitucional. Santiago, Editorial Lexis Nexis.

_____ 2006. Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano. Revista Ius et Praxis, 12 (2): 363-384.

_____ 2007. El bloque constitucional de derechos: la confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina. En: PONENCIA en 37º Jornadas de Derecho Público: 8 y 9 de noviembre de 2007. Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso. [en línea] <<http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20de%20derechos.pdf>>

_____ 2007. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. Revista de Estudios Constitucionales, 5 (1): 59-88.

_____ 2007. Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional. Revista de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, (2): 457-466.

_____ 2009. Las mutaciones de la Constitución Política de la República producidas por vía interpretativa del Tribunal Constitucional ¿El Tribunal Constitucional como poder constituido o como poder constituyente en sesión permanente? Revista de Estudios Constitucionales, 7 (2):389-427.

_____ 2010. La jurisdicción constitucional sudamericana y su evolución en las últimas tres décadas. [en línea] <<http://www.crdc.unige.it/docs/articles/jurisdiccion>

[%20constitucional%20en%20America.pdf](http://www.crdc.unige.it/docs/articles/jurisdiccion)> [consulta: 14 de abril de 2013].

_____ 2012. El diálogo de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos. Santiago, Editorial Librotecnia.

_____ 2012. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011. Revista de Estudios Constitucionales, 10 (2): 57-140.

_____ 2013. Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales después de la reforma constitucional de 2005.

_____ 2014. La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Santiago, Editorial Librotecnia.

65. PALMA, R. y SANDRINI, R. 2014. Mujer mapuche y retos de la justicia intercultural: aplicación del derecho propio indígena en delitos de violencia intrafamiliar. Anuario de Derechos Humanos (10):151-161.

66. PEÑA, M. 2006. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: la experiencia chilena un año después de la reforma de 2005. En: XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público. Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

_____ 2008. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por el tribunal constitucional chileno. Revista de Estudios Constitucionales, 6 (1): 205-222.

67. PINTO, M. 1997. Temas de derechos humanos. Buenos Aires, Editores del Puerto.

_____ 1997. "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos". En: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, CELS y Editores del Puerto.

68. QUINCHE, M. 2012. El control de convencionalidad y el sistema colombiano. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, (12):163-190.

69. RIBERA, T. 2007. La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno. *Revista de Derecho Público*, (69):511-528.

70. RODRÍGUEZ, G. 2009. Derechos Humanos: Jurisprudencia internacional y jueces internos. En: GARCÍA, S. y CASTAÑEDA, M. (Coord.). *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

_____ 2014. Artículo 29. Normas de interpretación. En: STEINER, C. y URIBE, P. *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*. BOGOTÁ, Konrad Adenauer Stiftung.

71. RODRÍGUEZ, C. y RODRÍGUEZ, D. 2009. Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá, Dejusticia.

72. SAIZ, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. 2012. Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa. México, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México.

73. SALINAS, H. 2007. Los tratados internacionales ante la reforma constitucional. *Revista de Derecho Público*, (69):491-496.

74. SABA, R. 2005. (Des) igualdad estructural. *Revista de Derecho y Humanidades*, (11): 123-147.

75. SAGÜÉS, N. 1998. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En: *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica (libro homenaje a Germán Bidart Campos)*. Lima, Ediciones Jurídicas Grijley.

_____ 2010. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Revista de Estudios Constitucionales*, 8 (1):117-136.

76. SILVA, L. 2012. Objeciones al control de convencionalidad: una reflexión sobre la sentencia Atala. [en línea] *Diario Constitucional*. 28 de marzo de 2012. <<http://diarioconstitucional.cl/articulos/objeciones-al-control-de-convencionalidad-una-reflexion-sobre-la-sentencia-atala/>> [consulta: 2 de julio de 2014].

77. SUDRE, F. 2004. A propos du 'dialogue des juges' et du control de conventionalité. En: Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron: Les dynamiques du droit européen en début du siècle. París, Editorial A. Pedone.

78. TRONCOSO, C. 2010. Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009. Anuario de Derechos Humanos, (6):149-157

_____ 2011. Parlamento y Política Exterior en Chile: un balance de 20 años (1990-2010). Serie de Estudios N° 6 Konrad Adenauer Stiftung, Santiago.

79. TORRES, N. 2012. El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias). Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

80. UPRIMNY, R. 2006. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal. Bogotá, Escuela Judicial.

81. VERDUGO, M. 1996. Vigorización de las facultades conservadoras de los tribunales de justicia. En: Estudios sobre jurisdicción constitucional. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales.

82. VEGA, F. y ZÚÑIGA, F. 2006. El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional: teoría y práctica. Revista de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, (2): 135-174.

83. VON BOGDANDY, A. 2013. Ius constitutionale commune latinoamericanum: una aclaración conceptual desde una perspectiva europea. En: GONZÁLEZ, L. y VALADÉS, D. (Comp.) El constitucionalismo contemporáneo, un homenaje a Jorge Carpizo. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Casos Contenciosos

Asunto Viviana Gallardo y otras, No.101/81, 13 de noviembre de 1981.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Caso la Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104.

Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004.

Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Caso Vargas Areco Vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155.

Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

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.

Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.

Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221.

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.

Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253.

Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260.

Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Opiniones Consultivas

"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2

La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

Supervisión de cumplimiento de sentencia

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

Chile

Tribunal Constitucional

Sentencia de 4 de agosto de 2000, rol 309-2000.

Sentencia de 27 de julio de 2006, rol 480-2006.

Sentencia de 8 de abril de 2002, rol 346-2002.

Sentencia de 5 de octubre de 2010, rol 1484-2010.

Sentencia de 5 de junio de 2006, rol 519-2006.

Sentencia de 24 de marzo de 2007, rol 576-2007.

Sentencia de 31 de agosto de 2007, rol 739-2007.

Sentencia de 4 de octubre de 2007, rol 807-2007.
Sentencia de 28 de diciembre de 2007, rol 807-2007.
Sentencia de 30 de enero de 2008, rol 986-2007.
Sentencia de 18 de abril de 2008, rol 740-2008.
Sentencia de 13 de mayo de 2008, rol 993-2008.
Sentencia de 19 de agosto de 2008, rol 815-2007.
Sentencia de 22 de enero de 2009, rol 1006-2009.
Sentencia de 17 de marzo de 2009, rol 1145-2009.
Sentencia de 19 de mayo de 2009, rol 1191-2009.
Sentencia de 25 de agosto de 2009, rol 1288-2009.
Sentencia de 29 de septiembre de 2009, rol 1340 de 2009.
Sentencia de 30 de diciembre de 2010, rol 1867-2010.
Sentencia de 3 de noviembre de 2011, rol 1881-2011.
Sentencia de 4 de septiembre de 2012, rol 2105-2011.
Sentencia de 4 de septiembre de 2012, rol 2035-2009.
Sentencia de 23 de enero de 2013, roles acumulados 2387-2012 y 2388-2012.
Sentencia de 4 de julio de 2013, rol 2273-2013.
Sentencia de 14 de enero de 2014, rol 2363-2012.
Sentencia de 6 de mayo de 2014, rol 2493-2013.

Corte Suprema

Sentencia de 17 de noviembre de 2004, rol 517-2004.
Sentencia de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004.
Sentencia de 27 de diciembre de 2006, rol 6049-2005.

Sentencia de 13 de marzo de 2007, rol 3125-2004.

Sentencia de 10 de mayo de 2007, rol 3452-2006.

Sentencia de 28 de diciembre de 2007, rol 804-2007.

Sentencia de 8 de septiembre de 2008, rol 6308-2007.

Sentencia de 15 de octubre de 2008, rol 4723-2007.

Sentencia de 28 de octubre de 2008, rol 2152-2007.

Sentencia de 14 de marzo de 2009, rol 5279-2009.

Sentencia de 6 de agosto de 2009, rol 5339-2009.

Sentencia de 18 de agosto de 2009, rol 921-2009.

Sentencia de 24 de septiembre de 2009, rol 8113-2008.

Sentencia de 29 de septiembre de 2009, rol 3378-2009.

Sentencia de 14 de octubre de 2009, rol 5132-2008.

Sentencia de 24 de noviembre de 2009, rol 7766-2009.

Sentencia de 21 de diciembre de 2009, rol 5233-2008.

Sentencia de 20 de febrero de 2010, rol 1369-2009.

Sentencia de 8 de julio de 2010, rol 2596-2009.

Sentencia de 20 de diciembre de 2010, rol 1198-2010.

Sentencia de 5 de mayo de 2011, rol 4915-2009.

Sentencia de 27 de abril de 2011, rol 254-2009.

Sentencia de 13 de julio de 2011, rol 258-2011.

Sentencia de 5 de enero de 2012, rol 35-2012.

Sentencia de 18 de abril de 2012, rol 2995-2012.

Sentencia de 24 de mayo de 2012, rol 288-2012.

Sentencia de 18 de junio de 2012, rol 12566-2011.

Sentencia de 4 de julio de 2012, rol 5012-2012.

Sentencia de 18 de julio de 2012, rol 5428-2012.

Sentencia de 31 de julio de 2012, rol 4760-2012.

Sentencia de 28 de septiembre de 2012, rol 12055-2011.

Sentencia de 21 de enero de 2013, rol 2182-1998.

Sentencia de 22 de enero de 2013, rol 7580-2012.

Sentencia de 11 de marzo de 2013, rol 9168-2013.

Sentencia de 27 de abril de 2013, rol 300-2013.

Sentencia de 30 de mayo de 2013, rol 2215-2013.

Sentencia de 4 de septiembre de 2013, rol 3841-2012.

Sentencia de 19 de noviembre de 2013, rol 9031-2013.

Sentencia de 21 de noviembre de 2013, rol 2265-2013.

Sentencia de 17 de diciembre de 2013, rol 12418-2013.

Sentencia de 9 de enero de 2014, rol 2387-2013.

Sentencia de 24 de marzo de 2014, rol 16044-2013.

Sentencia de 14 de enero de 2014, rol 10897-2013.

Sentencia de 21 de agosto de 2014, rol 4911-2013.

Cortes de Apelaciones

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 9 de marzo de 2013, rol 351-2013.

Corte de Apelaciones de Santiago. Resolución de 15 de abril de 2013, rol 18948-2013.

Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 21 de enero de 2013, rol 19-2013.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de enero de 2010, rol 1705-2009.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 4 de enero de 2011, rol 1192-2011.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de diciembre de 2011, rol 1136-2011.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 24 de enero de 2012, rol 43-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 19 de enero de 2012, rol 18-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 5 de marzo de 2012, rol 169-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 23 de abril de 2012, rol 408-2011.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 2 de agosto de 2012, rol 581-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 21 de agosto de 2012, rol 635-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 4 de junio de 2012, rol 388-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 3 de julio de 2012, rol 454-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 17 de julio de 2012, rol 499-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 5 de julio de 2012, rol 449-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 27 de octubre de 2012, rol 955-2011.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 23 de noviembre de 2012, rol 1034-2011.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 18 de diciembre de 2012, rol 970-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 19 de diciembre de 2012, rol 995-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 15 de diciembre de 2012, rol 545-2010.

Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 3 de mayo de 2013, rol 220-2013.

Corte de Apelaciones de Valdivia. Sentencia de 13 de marzo de 2013, rol 8-2013.

Corte de Apelaciones de Antofagasta. Sentencia de 7 de diciembre de 2013, rol 68-2013.