

Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales

The Constitutionality Block and the Conventionality Control in Chile: Case law improvements

Constanza Núñez Donald*

Universidad de Chile, Chile

Abogada de la Universidad de Chile, con estudios de especialización en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y la Universidad de Chile. Se desempeña como consultora internacional para diversas organizaciones internacionales y de derechos humanos, como profesora de la Clínica Jurídica de Inmigrantes de la Universidad Alberto Hurtado y como coinvestigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile en el marco del proyecto Fondecyt "Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia internacional en Chile. El proceso de reconfiguración de los derechos fundamentales y su impacto en la protección de grupos discriminados". Es autora de publicaciones en materia de derechos humanos en Chile y México y coautora del libro *El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*.
cnunez@derecho.uchile.cl

RESUMEN

El presente artículo presenta un panorama general sobre la discusión respecto de las nociones de bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad y su aplicación en Chile. Mediante el análisis de sentencias, el artículo busca evidenciar que en los últimos años ha existido una apertura jurisprudencial a la incorporación teórica y práctica de estas nociones, lo que ha redundado en el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Control de convencionalidad – bloque de constitucionalidad – justicia constitucional – Derecho Internacional de los Derechos Humanos

ABSTRACT

This article presents an overview about the discussion in relation to the notions of the constitutionality block and the conventionality control and its application in Chile. By analysing judgments, the article aims to demonstrate that in the last years there has been a legal opening about the theoretical and practical incorporation of these notions which has resulted in the strengthening of the protection of fundamental rights.

Key words: Conventionality control – constitutionality block – constitutional justice – International Human Rights Law

Introducción

Por muchos años la discusión en Chile acerca de la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) por la jurisprudencia se ha centrado en el debate formal, es decir, en determinar cuál es el rango normativo que se asigna a los tratados sobre derechos humanos en la pirámide normativa. Las divergencias jurisprudenciales respecto del rol de los tratados internacionales como baremo de constitucionalidad y su incorporación sustantiva han sido una constante en

* Agradezco comentarios y aportes a este texto que realizó el Dr. Claudio Nash Rojas.

el debate¹. Las dificultades prácticas en la incorporación de los tratados sobre derechos humanos en el razonamiento judicial se encontraban fuertemente influenciadas por la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos².

Sin embargo, en el último período (2013-2014) esta tendencia parece revertirse. Si bien no podemos hablar de la existencia de un “cambio de paradigma” en la jurisprudencia constitucional ni de un giro en el debate sobre la jerarquía, hay tres sentencias que comentaré en este artículo y que dan cuenta de un avance hacia la incorporación de los conceptos “bloque de constitucionalidad” y “control de convencionalidad” en la jurisprudencia chilena. Sostendré que estos avances son la confirmación de las posibilidades normativas que ofrece el derecho chileno y que permiten incorporar de manera sustantiva el DIDH, mejorando y ampliando la protección.

1. 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.

La noción de bloque de constitucionalidad, como indica Uprimny, 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”³. 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, es 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 este⁴.

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 por medio 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 consuetudinario⁵. Por su parte, el control de convencionalidad (en el ámbito interno⁶), consiste en el deber de los/as jueces/zas, órganos de la administración de justicia y demás

¹ Un completo estudio de la evolución jurisprudencial en este tema: HENRÍQUEZ, Miriam. Jerarquía de los tratados de derechos humanos. Análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Revista de Estudios Constitucionales*. 6(2), 2008.

² En este sentido: ver la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con motivo de la aprobación del Tribunal Constitucional de la República de Chile (TC). Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional. Sentencia de 8 de abril de 2002, Rol N° 346. Esto se reafirma en la Sentencia de 9 de agosto de 2009, Rol N° 1288, donde el Tribunal Constitucional somete a los tratados internacionales a un control represivo de constitucionalidad y en la sentencia sobre constitucionalidad de la Ley de Pesca, roles N°s. 2387 y 2388 acumulados.

³ UPRIMNY, Rodrigo. *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal*. Bogotá, Escuela Judicial, 2006, p. 25.

⁴ *Ibidem*.

⁵ NOGUEIRA, Humberto. *Lineamientos de interpretación constitucional y bloque constitucional de derechos*. Santiago, Librotecna, 2006.

⁶ En el ámbito internacional, 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” (BAZÁN, Víctor. *Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. (18): 63-104, 2011, p. 68.

autoridades públicas, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y demás instrumentos del sistema interamericano⁷.

Esta –que es la conceptualización actual del control de convencionalidad– tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte IDH⁸. En el estado actual de la evolución del concepto en la jurisprudencia de la Corte IDH, tiene cuatro elementos constitutivos: a) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas 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) es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública y d) 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.

En este sentido, este concepto tiene una relación estrecha con el bloque de constitucionalidad. Este 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 concretos. Como se ha indicado, “la primera figura responde a la interrogante de ¿cómo incorporo en mi interpretación de las normas los derechos consagrados en tratados internacionales? y la segunda a ¿cómo aplico correctamente los estándares internacionales incorporados en cada caso concreto?”⁹.

De esta forma, 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 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. Al ser utilizado el bloque de constitucionalidad como herramienta hermenéutica, 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.

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

⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SAIZ, Alejandro. (Coord.). Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa. México D.F., Editorial Porrúa, 2012, p. 123.

⁸ Sobre la evolución del concepto en la jurisprudencia interamericana, entre otros: SAGÜES, Néstor. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Revista de Estudios Constitucionales*, 8(1):117-136, 2010; NOGUEIRA, Humberto. El diálogo de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos. Santiago, Editorial Librotecnia, 2012; y CONTRERAS, Pablo. Control de convencionalidad: deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius Et Praxis*, 20(2): 235-275, 2014.

⁹ NASH, Claudio (et. al.) *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, 2012, p. 53.

vimos a propósito de la noción de bloque de constitucionalidad— como parte de la Constitución, los derechos humanos consagrados en tratados internacionales¹⁰.

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. 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*¹¹.

En definitiva, los numerosos diseños constitucionales de control jurisdiccional determinarán la relación entre los tres conceptos. En el caso de Chile, como veremos a continuación, la jurisprudencia ha adoptado diferentes caminos.

2. Reseña jurisprudencial

Las sentencias que se comentan a continuación constituyen “hitos” en la apertura constitucional hacia la utilización y aplicación de las nociones de control de convencionalidad y bloque de constitucionalidad.

2.1 *Bloque de Constitucionalidad*

Desde un punto de vista normativo, la noción de Bloque de Constitucionalidad puede ser aplicada en Chile, pues desde la reforma de 1989 al inciso 2 del artículo 5° de la Constitución se amplía la base normativa a aplicar en materia de derechos fundamentales, incluyéndose las normas y principios del DIDH, así como la jurisprudencia de los órganos de protección. Como consecuencia de la discusión acerca de la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, en Chile surgen dos posibilidades de uso del bloque de constitucionalidad. Si se acepta la tesis de la constitucionalización de los derechos contenidos en los tratados de derechos humanos vigentes en Chile, el Bloque de Constitucionalidad es útil para complementar estos derechos con otros elementos, principalmente la jurisprudencia internacional sobre estos; esta sería una concepción *lato sensu* de la noción de Bloque. En cambio, si no se acepta la tesis de la constitucionalización, el Bloque operaría como un instrumento útil para traer a la Constitución formal aquellos derechos consagrados internacionalmente con todo su acervo normativo y jurisprudencial; esta sería una noción *stricto sensu* del Bloque¹².

En el año 2009, el Tribunal Constitucional había dado plena aplicabilidad a la noción de Bloque de Constitucionalidad a través de la utilización de derechos que no se encuentran consagrados en la Constitución como parámetro de constitucionalidad. Ese año, sobre la base de disposiciones contenidas en tratados internacionales, se dispuso que una norma del Código Civil que establecía restricciones para la determinación de la filiación, era contraria al derecho a la identidad¹³. Si bien el Tribunal Constitucional no se refirió expresamente a la noción “bloque de constitucionalidad”

¹⁰ NOGUEIRA, Humberto. El diálogo de los Tribunales... op. cit., p. 377.

¹¹ 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.

¹² Así: IRARRÁZABAL, Paz y NASH, Claudio. Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2009-2010). En: NASH, Claudio y BAZÁN, Víctor. (Eds.). Justicia constitucional y derechos fundamentales: la fuerza normativa de la Constitución. Montevideo, Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011.

¹³ Tribunal Constitucional de Chile (TC). Sentencia de 29 de noviembre de 2009. Rol N° 1340-10, considerandos 7 a 10.

lo que hizo fue precisamente aplicarla para complementar la Constitución formal con derechos que no se encuentran consagrados en el catálogo constitucional.

En mayo de 2014 el Tribunal Constitucional consolida esta aproximación a través de la utilización del Bloque de Constitucionalidad y la referencia a sus posibilidades de aplicación en el ordenamiento jurídico chileno. En este caso, el recurrente solicitaba la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5 incisos 1 y 3 del Código de Justicia Militar (que fijan la competencia de la justicia militar), por estimar que eran contrarios, entre otros, a su derecho a las garantías judiciales y protección judicial, vulnerando los estándares fijados por la jurisprudencia interamericana en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*¹⁴, donde la Corte IDH indicó que la justicia militar solo puede investigar, procesar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense.

Para resolver el asunto, el Tribunal Constitucional parte de una consideración fundamental: que la incorporación de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales por medio 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 5º, 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 [...]

“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 Política”¹⁵.

Esta interpretación dada por el Tribunal Constitucional reafirma que, con independencia de la tesis que se adopte acerca de la jerarquía de los derechos de fuente internacional, estos constituyen un parámetro para realizar el control de constitucionalidad, ya sea como elemento interpretativo o como normas fundantes del bloque.

Otro aspecto relevante de la sentencia es que incorpora la jurisprudencia de la Corte IDH al momento de realizar un análisis sustantivo del contenido y alcance de los derechos violados:

“Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la aludida convención, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que solo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense”¹⁶.

Esta aproximación del Tribunal Constitucional permite consolidar una idea de Bloque de constitucionalidad compuesto por los derechos de fuente nacional e internacional y la jurisprudencia de

¹⁴ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

¹⁵ Tribunal Constitucional de Chile (TC). Sentencia de 6 de mayo de 2014. Rol N° 2493-13, considerandos 6 y 7. El destacado es propio.

¹⁶ *Ibidem*, considerando 8. El destacado es propio.

los organismos de protección, pero además da posibilidades efectivas al Tribunal Constitucional de realizar un control de convencionalidad que cumpla con los estándares fijados por la Corte IDH.

Finalmente, cabe destacar que al momento de declarar la inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional entiende vulnerado directamente el artículo 8 de la Convención Americana, lo que significa que la norma se utilizó directamente como parámetro de constitucionalidad¹⁷.

El efecto útil de la idea de un Bloque de Constitucionalidad radica en que el conjunto de normas incorporadas a nuestra legislación son efectivas en cuanto sirven no solo como parámetro de constitucionalidad de las leyes, sino también como elemento hermenéutico e integrador ante una legislación incompleta. En este caso, permite al Estado de Chile cumplir –al menos parcialmente respecto de este caso en particular– con la sentencia condenatoria internacional dictada en el caso *Palamara* y declarar el alcance restrictivo del fuero militar en conformidad a los estándares internacionales.

Esta aproximación del Tribunal Constitucional permite superar el estancamiento que se evidencia en la jurisprudencia cuando el debate permanece en la jerarquía de los derechos humanos de fuente internacional. Además, la interpretación del Tribunal Constitucional acerca de los alcances y funciones del Bloque en nuestro ordenamiento jurídico permite ampliar la protección (incorporación de derechos que no se encuentran consagrados en la Constitución), mejorarla (cuando utilizamos los derechos de fuente internacional y la jurisprudencia como herramienta hermenéutica) y cumplir con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado.

2.2 Control de convencionalidad

La incorporación teórica y práctica del control de convencionalidad en Chile ha seguido un camino lento y con obstáculos. Mientras en países como México, Argentina y Colombia la noción de control de convencionalidad es parte de la discusión común de los/as operadores de justicia, en Chile su aplicación ha estado marcada por la persistencia de la discusión acerca de la incorporación de los tratados sobre derechos humanos. 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 segundo debate vinculado al anterior y que tampoco tiene solución mayoritaria”¹⁸.

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.¹⁹

¹⁷ *Ibidem*, considerando 9.

¹⁸ GALDÁMEZ, Liliana. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: NOGUEIRA, Humberto. La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Santiago, Librotecnia, 2014, p. 293.

¹⁹ El debate solo tiene relevancia práctica a efectos de determinar qué es lo que pasa cuando existe una contradicción entre la Constitución y los tratados internacionales. Un desarrollo completo sobre las bases normativas del control de convencionalidad en: NOGUEIRA, Humberto. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Revista de Estudios Constitucionales*, 2(10): 57-140, 2012 y; NÚÑEZ, Constanza. Control de convencionalidad: Teoría y aplicación en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2014.

En el desarrollo jurisprudencial, el control de convencionalidad ha desplegado sus efectos con mayor intensidad en casos relacionados con violaciones de derechos humanos masivas y sistemáticas ocurridas en la dictadura, tanto para dejar sin aplicación el Decreto Ley de Amnistía²⁰, como para declarar la imprescriptibilidad de la acción penal y civil indemnizatoria²¹. Sin embargo, hasta 2013 este ejercicio había sido implícito, en el sentido de que no se habían especificado las bases normativas que habilitan su aplicación, ni se había desarrollado una “doctrina” sobre el control de convencionalidad. Esta tendencia se revierte en el año 2013, cuando la Corte Suprema se refiere expresamente al deber de los/as jueces/zas de realizar el control de convencionalidad²².

Esta sentencia corresponde a la 9031-2013²³, 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 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 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”²⁴.

La Corte Suprema reconoce de esta forma que la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos en el proceso es labor del/la juez/a 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*”

²⁰ Decreto Ley N° 2.191. CHILE. Concede Amnistía a las Personas que Indica por los Delitos que Señala. Junta de Gobierno de la República de Chile, 19 de abril de 1978.

²¹ Un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en casos sobre violaciones masivas y sistemáticas en: FERNÁNDEZ, Karinna. 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, 2010 y, KÜNSEMÜLLER, Carlos. 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, Humberto. (Coord.). La protección... op. cit.

²² Hasta la fecha de término de este artículo solo 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 de Justicia de Chile (CS). Sentencia de 17 de diciembre de 2013. Rol N° 12418-13, voto disidente del Ministro Sergio Muñoz.

²³ Corte Suprema de Justicia de Chile (CS). Sentencia de 19 de noviembre de 2013. Rol N° 9031-13.

²⁴ *Ibíd.*, considerando 12. El destacado es propio.

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 [...]”²⁵.

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 confirma la doctrina en la materia respecto de que el control de convencionalidad encuentra su fundamento en la concretización del mandato de garantía para toda autoridad pública²⁶. En segundo lugar, se refiere expresamente a la labor del control de convencionalidad como una manifestación de las funciones conservadoras de los tribunales de justicia²⁷ y, en tercer lugar, no solo 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*.

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, otorgándoles 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 1°, 5°, 6°, 7° y 19 de la Constitución Política de la República, como de los artículos 1°, 8°, 25, 66, 67 y 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 2°, 5° y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales”²⁸.

²⁵ *Ibíd.* El destacado es propio.

²⁶ Este ha sido el fundamento del control de convencionalidad en la doctrina de la Corte IDH.

²⁷ 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” (MORALES, Eduardo. Explicaciones de Derecho procesal. Tomo I. Santiago, s.d., 1987, pp. 99-100). 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.

²⁸ Corte Suprema de la República de Chile (CS). Sentencia de 19 de noviembre de 2013. Rol N° 9031-13, considerando 12.

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.

Pero lo más relevante sin duda es la alusión a las bases normativas que habilitan el control de convencionalidad en Chile. Como ha indicado la doctrina y la jurisprudencia, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en normas de derecho internacional público, en la Convención Americana y, en Chile, en los artículos 1, 5, 6, 7 y 19 de la Constitución Política de la República. Los artículos 1, 5 y 6 de la Constitución reafirman el deber del Estado de garantizar los derechos humanos consagrados en la Constitución como en los tratados sobre derechos humanos ratificados por Chile (lo que es deber de toda autoridad pública en virtud del artículo 6). Por su parte, la alusión al artículo 7 tiene sentido en cuanto permite reafirmar el argumento de la Corte Suprema respecto de que el control de convencionalidad debe realizarse en el marco de las competencias del juzgador; mientras que la referencia al artículo 19 manifiesta la consideración de este como 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 no se habían vulnerado las garantías alegadas. Pese a que el juicio de convencionalidad no redundó a favor del imputado, el ejercicio argumentativo de la Corte Suprema es relevante por cuanto tomó en consideración, para resolver el caso concreto, las fuentes del derecho de origen nacional e internacional, buscando aquella resolución del conflicto que permitiera al Estado cumplir con sus compromisos internacionales.

Sin aludir explícitamente al control de convencionalidad, la evolución jurisprudencial de los últimos años muestra que el ejercicio sustantivo del control, en diversas materias, ha mejorado la protección de los derechos fundamentales, principalmente respecto de grupos de la población que se encuentran en situación de discriminación o vulnerabilidad. Así, por ejemplo, el ejercicio de control de convencionalidad respecto del Convenio 169 de la OIT ha permitido ajustar los procedimientos internos a los estándares de consulta previa fijados por el Convenio²⁹; en materia de migración ha permitido garantizar los derechos de niños y niñas en reclamos de nacionalidad³⁰; y en justicia penal adolescente ha armonizado la legislación interna con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño³¹.

²⁹ Vid.: FAUNDES, Juan. La jurisprudencia, su impacto y debates en torno a la aplicación en Chile del Convenio 169 de la OIT y el deber de consulta. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*. 81(233-234): 195-230, 2013; NASH, Claudio, NÚÑEZ, Constanza y BUSTAMANTE, Minda. *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas en Chile. Análisis jurisprudencial para procesos de consulta en el marco del Convenio 169 de la OIT*. Santiago, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014 y; MOHR, Tania. *Interpretación y aplicación del Convenio 169 de la OIT en Chile, en especial sobre el derecho de consulta*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile, 2012.

³⁰ Vid.: GODOY, Rodrigo y DIDIER, Marcel. *Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013*. *Anuario de Derechos Humanos*. (10): 139-150, 2014.

³¹ Véase, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Chile (CS), roles N°s 5339-09, 5428-12, 4760-12, 2995-12, 5012-12.

Teniendo claro que el caso reseñado 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/as jueces/zas nacionales, no es posible sostener que exista una “doctrina” de la Corte Suprema respecto del 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. Interpretación e incorporación del DIDH

La tercera sentencia que comentaré³² constituye un hito relevante para la profundización del camino hacia una justicia constitucional que integre la protección de derechos humanos de fuente nacional e internacional. En efecto, confluyen tres elementos que son fundamentales para robustecer la protección de derechos humanos en nuestro país: aplicación directa de normas de fuente internacional, ejercicio de control de convencionalidad, y aplicación de herramientas de interpretación propias del DIDH.

La Corte Suprema entra en un debate de larga data y vaivenes jurisprudenciales: la prescriptibilidad de la acción civil derivada de violaciones de derechos humanos perpetradas en la dictadura militar³³. En efecto, la jurisprudencia nacional no solo 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)³⁴.

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 de la procedencia de las indemnizaciones en estos casos, es que se reconoce el carácter de *ius cogens* de la obligación de reparar³⁵.

³² Corte Suprema de Justicia de Chile (CS). Sentencia de 4 de septiembre de 2013. Rol N° 3841-2012.

³³ Sobre esta discusión, véase: NASH, Claudio. Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena. Santiago, Thomson Reuters, 2013.

³⁴ Véase: Corte Suprema de Justicia de Chile (CS). Sentencia de 27 de diciembre de 2006. Rol N° 6049-05; sentencia de 27 de abril de 2011, Rol N° 254-09; sentencia de 28 de octubre de 2008, Rol N° 2152-07 y sentencia de 21 de enero de 2013, Rol N° 2182-98.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de Chile (CS). Sentencia de 8 de septiembre de 2008, Rol N° 6308-07 y sentencia de 14 de octubre de 2009, Rol N° 5132-08.

Un ejemplo relevante de este ejercicio se evidenció en el fallo del caso del “Episodio Juan Soto Cerda”³⁶. En la sentencia rol 3841-2012, el máximo tribunal amplía la base normativa por medio de la incorporación de las normas del DIDH, realizando un ejercicio de control de convencionalidad y, para ello, utiliza herramientas de interpretación propias del DIDH.

En primer lugar, la Corte Suprema reconoce acertadamente 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 estos contra el Estado en el plano interno sino en principios y normas del derecho internacional de derechos humanos”³⁷. La Corte Suprema indica que la fuente de esta obligación para el Estado chileno se posibilita por la recepción del DIDH, que para el máximo tribunal incluye no solo los tratados internacionales, sino también los derechos que “forman parte del acervo cultural de la comunidad”:

[...] 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 5° 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 [...] 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 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 5° de la Constitución Política [...]”³⁸.

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)³⁹ y a la jurisprudencia de la Corte IDH que ha asentado esta obligación⁴⁰. 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 estas”.

³⁶ Corte Suprema de Justicia de Chile (CS). Sentencia de 4 de septiembre de 2013, Rol N° 3841-12.

³⁷ Corte Suprema de Justicia de Chile (CS). Sentencia de 4 de septiembre de 2013. Rol N° 3841-12, considerando 3. Un análisis completo de esta sentencia en: NASH, Claudio. La responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos. *Revista de Derecho Público*. (79): 261-267, 2013.

³⁸ Corte Suprema de la República de Chile (CS). Sentencia de 4 de septiembre de 2013, Rol N° 3841-12, considerando 5.

³⁹ *Ibidem*, considerando 6.

⁴⁰ *Ibidem*.

“No debe olvidarse que la obligación indemnizatoria está originada por y para el Estado, tratándose de la violación de los Derechos Humanos, no solo 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 solo si no están en contradicción con esa preceptiva”⁴¹.

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. En este caso, el ejercicio de control de convencionalidad es correctivo⁴², 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) sobre la base del artículo 6 de la CPR: “el referido artículo 6° 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”⁴³.

Por otra parte, el fallo recurre a los criterios hermenéuticos propios de los tratados de derechos humanos, señalando que dichas normas forman parte de un sistema que debe interpretarse en conjunto y que tienen por fin último la protección de la dignidad del ser humano⁴⁴. De esta forma, se realiza una interpretación “*pro persona*” al establecer que las disposiciones deben interpretarse de manera tal de dar efectividad a los derechos humanos⁴⁵.

Los considerandos comentados siguen un camino argumentativo que, en primer lugar, amplían la base normativa a aplicar en un caso de derechos humanos por medio del razonamiento sobre la base del artículo 5° de la República; en segundo lugar, identifican la contradicción entre una interpretación que aplique las normas civiles y las obligaciones internacionales del Estado y; sobre la base de esta contradicción, se prefiere la aplicación directa de la normativa internacional considerando los fines de la protección internacional (interpretación *pro persona*). De este modo, se realiza un control de convencionalidad correctivo que tiene como resultado el fortalecimiento de la protección dentro del marco constitucional y que permite cumplir las obligaciones internacionales del Estado.

Conclusiones

Me gustaría afirmar que estamos ante un “cambio de paradigma” en la protección de los derechos humanos en Chile, pero los avances jurisprudenciales a que he hecho referencia se insertan

⁴¹ *Ibidem*. El destacado es propio.

⁴² 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. Sobre las tipologías de aplicación del control de convencionalidad en el ámbito interno, véase: NÚÑEZ, Constanza. 2014, Control de convencionalidad... op. cit.

⁴³ Corte Suprema de Justicia de Chile (CS). Sentencia de 4 de septiembre de 2013. Rol N° 3841-12, considerando 8.

⁴⁴ *Ibidem*, considerando 5.

⁴⁵ Sobre el principio *pro persona*, véase: PINTO, Mónica. El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian. (Comp.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, CELS y Editores del Puerto, 1997.

en un contexto en que aún es difícil sostener un giro hacia la plena operatividad del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad.

Lo que sí es claro es que las sentencias reseñadas evidencian las posibilidades normativas que ofrece el sistema jurídico chileno para incorporar el DIDH y los resultados positivos que ello trae cuando se realiza de buena fe. Los efectos, como he indicado, son ampliar, mejorar y fortalecer la protección de las personas. Continuar este camino no solo tendrá las consecuencias descritas, sino que permitirá cumplir con las obligaciones internacionales del Estado, adaptándose a los desafíos que impone la protección de los derechos humanos, mediante la integración e interpretación de las normas.

Transitar esta senda no es fácil. El reto que tienen los/las operadores/as de justicia y los juzgadores/as supone conocer los estándares internacionales, profundizar el desarrollo argumentativo y, por sobre todo, tomarse en serio su labor de garantes de los derechos humanos desde el marco de sus respectivas competencias, para dotar de legitimidad a la intervención jurisdiccional.

Los primeros llamados a ejercer el rol de garantes son los tribunales nacionales. Si esta labor no es efectiva, el sistema internacional –con sus evidentes limitaciones– se transformará en la única respuesta. Es abundante la doctrina que explica que en 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 solo existirá un nivel de protección si se omite el ejercicio de control de convencionalidad en el ámbito interno.