

# 1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE. UN SOLILOQUIO EN “EL LABERINTO DE LA SOLEDAD”\*

MIRIAM HENRÍQUEZ VIÑAS\*\*

JOSÉ IGNACIO NÚÑEZ LEIVA\*\*\*

*Sumario: I. Puerta de entrada. II. La adultez normativa de las constituciones que cuentan con cláusulas de apertura versus la insularidad de la constitución chilena y el soliloquio del control de convencionalidad. III. Una pared del laberinto: el control concentrado de constitucionalidad. IV. ¿Un plan de Salida o un Callejón Sin Salida? ¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional chileno? V. ¿otra vía sin salida? ¿qué ha dicho la corte suprema? VI. ventana de salida: ideas para abandonar el laberinto*

- 
- \* Este trabajo es parte de la investigación financiada por Fondecyt Regular de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, bajo el N° 1160953, con el título: “La (di)símil aplicación del control de convencionalidad por los tribunales nacionales”.
  - \*\* Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora de Derecho Constitucional y Directora del Departamento de Derecho Público de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Correo electrónico: miriamhenriquez@yahoo.es - mhenriqu@uahurtado.cl.
  - \*\*\* Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. DEA en Teoría del Derecho y Doctor © en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. E-mail: jinunez@uc.cl – josenunez@uft.cl. Profesor – Investigador Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae, Chile.

## 1.1. Puerta de entrada

“El descubrimiento de nosotros mismos se manifiesta como un saber-nos solos; entre el mundo y nosotros se abre un impalpable, transparente muralla: la de nuestra conciencia.” Octavio PAZ – El laberinto de la soledad.

El célebre Octavio PAZ, autor del parafraseo contenido en el título de este trabajo, escribió (justamente) en esa obra: “El adolescente se asombra de ser. Y al pasmo sucede la reflexión: inclinado sobre el río de su conciencia se pregunta si ese rostro que aflora lentamente del fondo, deformado por el agua, es el suyo. La singularidad de ser —pura sensación en el niño— se transforma en problema y pregunta, en conciencia interrogante.”

La adolescencia jurídica (inter) americana transita hoy a trompicones hacia la configuración de una correcta ecuación entre desarrollo y justicia, pero con un lastre: la ocurrencia de severas violaciones a los derechos humanos, principalmente acontecidas durante la última mitad del siglo XX. El drama, en esta historia, ha consistido en la necesidad de avanzar en los procesos democratizadores, pero sin sacrificar la justicia, tantas veces negada a las víctimas de las recientes dictaduras que azotaron la zona sur del continente. La tragedia de este relato –por su parte– procede de la existencia de dispositivos normativos que acudiendo a las auto amnistías han impedido el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad. Es en tal contexto que emerge, luego de varios votos concurrentes, en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) la noción de “control de convencionalidad”. Nos referimos al caso conocido como *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentenciado en el año 2006. Drama y tragedia, pero acompañados de una paradoja: el Estado al que se le instruye la realización de esa “*especie*” de control de convencionalidad – a diferencia de otros sujetos destinatarios de las resoluciones de la CIDH – se rige bajo las premisas del *civil law*, no ostenta normas de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos y se rige por un modelo de justicia constitucional concentrado. He ahí este “Laberinto de la soledad”.

Nuestra hipótesis es que, al menos en el orden constitucional chileno, ese constructo jurídico, todavía incompleto<sup>1</sup>, denominado “control de con-

---

1 HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, *La polisemia del control de convencionalidad interno*, en Revista International Law: Revista colombiana de Derecho Internacional, N° 24, 2014, pp. 113 – 141.

vencionalidad”, se encuentra solitario en medio de un laberinto, cuya única salida consistiría en una modificación al sistema de fuentes formales del Derecho chileno, particularmente ciertas reformas a la Constitución, objetivo generalmente difíltoso y no necesariamente compartido. Cuestión que aspiramos a acreditar en las páginas siguientes.

Para estos efectos –y como ya lo hemos hecho en otro lugar– entenderemos al “control de convencionalidad” como una doctrina de origen pretoriano, en cuya virtud cual los tribunales nacionales, y en general todos los órganos públicos, deben (o deberían) realizar una verificación de no contradicción o compatibilidad entre las normas jurídicas susceptibles de aplicarse a un caso concreto, por un lado, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el otro.<sup>2</sup>

Con miras al objetivo ya enunciado, nuestro itinerario de análisis será el siguiente: a) En primer lugar, trataremos de verificar si la Constitución Política de la República de Chile, en adelante la Constitución Política, cuenta con normas de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos que facilite la aplicación del control de convencionalidad; b) A continuación, subrayaremos el impacto que supone para la aplicación del control de convencionalidad que el control de constitucionalidad esté concentrado en el Tribunal Constitucional, que además no es un tribunal de amparo de los derechos fundamentales; y c) Finalmente, proporcionaremos evidencias para acreditar nuestra tesis, mediante el análisis de los pronunciamientos jurisdiccionales del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema chilenos.

Para la consecución de lo anterior consultaremos la doctrina constitucional e internacional de los derechos humanos concerniente, así como alguna jurisprudencia pertinente emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana), del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, correspondiente al año 2016, que realicen referencias explícitas al control de convencionalidad interno. Advertimos que el presente estudio no pretende analizar que entiende o ha entendido la Corte Interamericana respecto del instituto en comento,

---

2 HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio, El control de convencionalidad: ¿Hacia un no positivismo interamericano?, en Revista Boliviana de Derecho, N° 21, 2016, p. 328.

razón por la cual las alusiones a sus fallos no ocupan un lugar protagónico en este trabajo, no obstante, su mención a propósito de ciertos temas que sí desarrollaremos resulta ineludible.

## **1.2. La adulterz normativa de las constituciones que cuentan con cláusulas de apertura *versus* la insularidad de la constitución chilena y el soliloquio del control de convencionalidad**

### *A) El mínimo común del control de convencionalidad: las cláusulas de apertura*

Las cláusulas de apertura al Derecho Internacional se han ido incorporando progresivamente a las Constituciones latinoamericanas.<sup>3</sup> Éstas, tienen su justificación en la insuficiencia del Derecho estatal para la plena tutela de los derechos fundamentales y en la confianza (de algunos) en un sistema internacional de protección, subsidiario y complementario del nacional, para resolver las violaciones estatales a dichos derechos.

Tales cláusulas de apertura previstas en cada Constitución son el eje mínimo articulador entre el Derecho nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues: a) definen la incorporación del Derecho internacional al Derecho interno y sus relaciones; b) las normas que prevalecerán en caso de conflicto; y c) la forma de interpretar los derechos humanos, su valor y fundamentación, entre otros asuntos.

---

3 El profesor mexicano, Héctor FIX-ZAMUDIO, identificó, en 2004, las siguientes cláusulas: a) “en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se observa una evolución dirigida a otorgar jerarquía superior, así sea con limitaciones, a las normas de derecho internacional, particularmente las de carácter convencional, sobre los preceptos de nivel interno”, principalmente en lo que respecta al derecho internacional de los derechos humanos; b) “algunas constituciones consagran el reconocimiento expreso de las normas y principios del derecho internacional”; c) “en otras se establece que en caso de conflicto entre un tratado internacional y una ley ordinaria, prevalecerá el tratado”; y d) “varias Constituciones latinoamericanas han otorgado a los derechos humanos una primacía expresa en el derecho interno”; e) “los derechos y deberes consagrados en la propia carta fundamental, deben interpretarse de conformidad con dichos tratados”, es decir los de derechos humanos. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Revista Latinoamericana de Derecho, N°1, 2014, pp. 175 - 176.

De esta forma, mientras una Constitución contemple más cláusulas de articulación entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho interno, el diálogo entre la jurisdicción constitucional, la jurisdicción ordinaria y la Corte Interamericana, a través del ejercicio del control de convencionalidad, será más fluido. Como señala Mariela MORALES, las cláusulas de apertura mínimas para aproximarse a estos efectos son: “el rango constitucional atribuido a los tratados de derechos humanos, la interpretación *pro homine* y la interpretación conforme, así como la cláusula de los derechos no enumerados. El mínimo común denominador es que dichos tratados tienen rango constitucional”.<sup>4</sup>

Empero, si se trata de una Constitución cerrada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las alternativas del control de convencionalidad y, por ende, del diálogo entre jurisdicciones, será menos fluido, casi un “monólogo” desde la Corte Interamericana hacia los órganos nacionales.

Por cierto, el asunto no es un solo cuantitativo –más o menos cláusulas de apertura– sino también cuantitativo, siendo indispensable para fundar la obligación interna de ejercer el control de convencionalidad el reconocimiento del rango constitucional de los tratados de derechos humanos.<sup>5</sup> Sólo así los jueces podrán preferir, en ejercicio del control de convencionalidad, la aplicación de la norma internacional respecto de la norma interna. Sólo en tal escenario podría considerarse que el listado de derechos constitucionales no es taxativo y que es posible complementar dicho catálogo con los

- 
- 4 MORALES, Mariela, *El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo y desafío del Ius Constitutionale Commune*, en *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, (VON BOGDANDY, MORALES, FERRER MAC-GREGOR, Coord), México, Porrúa, 2013, p. 112.
- 5 En un sentido concordante Gonzalo AGUILAR afirma: “El control de convencionalidad puede tener su fuente en el derecho constitucional nacional, en aquellos casos en que la Constitución del Estado ha previsto expresamente la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre las normas infraconstitucionales, o bien, la jurisprudencia nacional ha consagrado pretorianamente dicha superioridad. En este caso, para dar cumplimiento a la disposición constitucional es necesario un órgano jurisdiccional que vele por la conformidad de las leyes a los tratados internacionales”. AGUILAR, Gonzalo, *El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado*, REVISTA DIREITO GETULIO VARGAS, Vol. 9, N°2, 2013, pp. 721-722. Con todo, creemos que este pasaje transscrito de la obra de AGUILAR resta importancia a un factor: no cualquier tribunal nacional está facultado para insertar modificaciones en el sistema de fuentes formales del Derecho, sino sólo aquellos tribunales autorizados por el propio sistema jurídico.

derechos contenidos en los tratados internacionales e interpretarlos conforme a ellos. Sólo en este contexto podría tener cabida la consideración de los derechos contenidos en tratados como parámetro del control de constitucionalidad de las normas internas, pues éstos se integrarían un bloque constitucional de derechos. Solamente así el Tribunal Constitucional, en un sistema de justicia constitucional concentrado como el chileno, podría ejercer el control de convencionalidad.<sup>6</sup> En fin, únicamente así las invocaciones al control de convencionalidad podrían dejar de ser un soliloquio de algún juez nacional.

### *B) La insularidad de la Constitución Política de la República de Chile*

Es del caso, que la Constitución Política de la República de Chile: a) no define la jerarquía de los tratados en general ni tampoco de derechos humanos en particular; b) no explicita el criterio de interpretación conforme a los derechos consagrados en tratados ni el criterio de interpretación *pro homine*; y c) no contiene una norma de incorporación de derechos implícitos. Todas disposiciones que en otras Constituciones han facilitado, vía control de convencionalidad, el diálogo entre la jurisdicción constitucional, la jurisdicción ordinaria y la Corte Interamericana. Lo dicho no significa desconocer que el Estado chileno es parte de los principales sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

---

6 Coincidentemente con lo afirmado, Gonzalo AGUILAR expone: “Por otro lado, aquellos Estados que cuentan con un texto constitucional reconociendo expresamente que los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a la ley fundan el control de convencionalidad precisamente en esta disposición constitucional, esto es, en una obligación constitucional de derecho interno. En este caso, la fuente de la obligación del control de convencionalidad es interna y no proviene directamente del derecho internacional. Como se puede observar, cuando existe una expresa disposición constitucional nacional, el juez constitucional —bajo el modelo concentrado— tendría la facultad de verificar la conformidad de la ley a los tratados internacionales —a fortiori de los tratados internacionales de derechos humanos—. El proceso anterior incorporaría el derecho internacional convencional al bloque de constitucionalidad, el cual es objeto de control de constitucionalidad. Esto último si que significaría probablemente una fusión o entrelazamiento del control de constitucionalidad con el control de convencionalidad. En otras palabras, el juez constitucional, en virtud del control de constitucionalidad, debería examinar la conformidad no solo den la ley a la Constitución, sino también de la ley al tratado internacional, porque así lo dispone la Constitución.” AGUILAR, Gonzalo, op. cit., p. 727.

La única disposición de la Constitución chilena que podría considerarse de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos se halla en el artículo 5 inciso segundo, que señala que los derechos humanos, contenidos en normas constitucionales y en normas internacionales convencionales, son un límite al ejercicio de la soberanía.

La situación descrita es fruto de la decisión del constituyente de configurar una Constitución aislada del sistema de protección internacional. La Constitución Política de 1980 se dictó en el contexto del régimen dictatorial vigente en Chile desde fines de 1973. El usurpador del poder constituyente originario no se decidió por la apertura al sistema internacional de protección de los derechos humanos. Por el contrario, la versión original de la Constitución Política adoptó una posición defensiva en materia de relaciones internacionales. En tal sentido, la Constitución sólo señaló la atribución del Presidente de la República para conducir las relaciones internacionales y las principales etapas de celebración de un tratado solemne, dispuso una lacónica mención al trámite de aprobación por el Congreso Nacional y finalmente contempló una escueta referencia sobre el control previo y facultativo de constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional.<sup>7</sup>

Tal actitud refractaria significó una regulación constitucional somera de la política exterior, con una mínima consideración del Derecho Internacional, en contraposición con un Estado abierto a las normas e instituciones internacionales. Ya en 1998 Lautaro Ríos y Manuel NÚÑEZ llaman la atención sobre la insularidad de la Constitución de 1980 a propósito del proceso de integración latinoamericano: “A diferencia de importantes países del continente americano, la Constitución de 1980 aparece en el océano del constitucionalismo moderno como una ínsula virtualmente desconectada del orden internacional. En efecto, si dejamos fuera el angosto “puente” del artículo 5º - en relación a las fuentes de los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana – la Constitución chilena se encuentra prácticamente en ayuno en materia de integración.”<sup>8</sup>

- 
- 7 HENRÍQUEZ, Miriam, Tratados internacionales: reflexiones en torno a una nueva Constitución, en Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia), (Chía y Quezada, Coord.), Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Instituto Igualdad y Fundación Friederich Ebert, Santiago, 2015, p. 196.
- 8 Ríos, Lautaro y NÚÑEZ, Manuel, Chile, una Constitución insular, en REVISTA CHILENA DE DERECHO, Número especial, 1998, p. 233.

En el marco del retorno al régimen democrático, la reforma constitucional de 1989, aprobada mediante la Ley N° 18.825, introdujo una norma relevante en materia de tratados de derechos humanos (segunda parte del inciso segundo del artículo 5º) al establecer que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ya estén reconocidos en la Constitución “así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” son un límite al ejercicio de la soberanía. Para algunos autores –por ejemplo, Humberto NOGUEIRA, Claudio NASH y Constanza NÚÑEZ- esta disposición actuaría “como cláusula constitucional de inclusión” del Derecho internacional de los derechos humanos, más precisamente los derechos humanos, al Derecho interno.<sup>9</sup> Lectura que extrema los recursos hermenéuticos no positivistas. Empero para otros, no sería más que el reconocimiento que los derechos esenciales son un límite a la soberanía del Estado<sup>10</sup> o una afirmación del deber de respeto y protección de dichos derechos.<sup>11</sup>

La mentada reforma al artículo 5º renovó y acentuó el debate ya iniciado

- 
- 9 NOGUEIRA, Humberto, El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia, en REVISTA ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Vol. 13, N° 2, 2015, p. 313. En un sentido coincidente NÚÑEZ, Constanza, Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales, en Anuario de Derechos Humanos, N° 11, 2015, pp. 157-169. NASH, Claudio, Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno, Santiago, Centro de Derechos Humanos, 2012, pp. 48-51. AGUILAR, Gonzalo, El Tribunal Constitucional chileno frente a la jurisdicción militar, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Vol. 22, N° 1, 2015, pp. 4 – 40.
- 10 En otro sentido, Miguel Ángel FERNÁNDEZ afirmó en el mismo año que se formuló la enmienda constitucional que: “El fin de la reforma fue consagrar en forma expresa que los derechos esenciales que se contienen en los tratados constituyen el límite a la soberanía, otorgándoles rango constitucional.” Fernández, Miguel Ángel, La Reforma al artículo 5º de la Constitución, en REVISTA CHILENA DE DERECHO, Vol. 16, N° 3, 1989, pp. 818 - 820.
- 11 Autores como Raúl BERTELSEN consideraron, en una época reciente a la citada reforma, que la finalidad de la modificación fue consagrar el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos humanos garantizados explícitamente en la propia Constitución, e innovó en establecer tal deber constitucional de respeto y promoción de cara a los derechos garantizados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. BERTELSEN, Raúl, Rango Jurídico de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno, en REVISTA CHILENA DE DERECHO, Vol. 23, N° 2 y 3, Tomo I, 1996, p. 221.

sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos y dio pie para que se planteara -por cierto sector de la doctrina- la tesis del bloque constitucional de los derechos como parámetro del control de constitucionalidad, que, supuestamente a la época, habrían realizado tanto la Corte Suprema (control posterior y concreto) como el Tribunal Constitucional (control previo y abstracto).

Por su parte, la enmienda constitucional de 2005, aprobada por la Ley N° 20.050, incorporó una serie de modificaciones tanto sobre la celebración de los tratados como al control de constitucionalidad de aquellos. Los cambios más relevantes se introdujeron al artículo 54 N° 1 de la Constitución, referido a las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional, y al artículo 93 de la Carta, dedicado a las atribuciones del Tribunal Constitucional. Destaca en esta reforma lo dispuesto en el artículo 54, N° 1 inciso 5°, que indica que: “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas de la forma prevista en los propios tratados o en las normas generales de derecho internacional”. El sentido de esta disposición es que las normas del tratado, una vez incorporadas al Derecho interno, forman parte de él. Empero, el valor de estas normas no es el mismo que las normas nacionales en lo relativo a su disponibilidad unilateral del Estado, las que se regirán en lo que respecta a la modificación, derogación o suspensión, por una regulación especial: “la forma prevista en los propios tratados o en las normas generales de derecho internacional.”

Esta modificación constitucional tampoco definió – como sus predecesoras - la jerarquía que ocupan los tratados en el ordenamiento interno, ni mencionó criterios de interpretación de los derechos, ni dispuso una cláusula de derechos no enumerados. Así, la Constitución reformada en 2005 se mantuvo “cerrada”, es decir no contempló normas de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, centrándose aún en el paradigma de la soberanía estatal. De esta manera, el silencio más controvertido en los 35 años de vigencia de la Constitución Política sigue siendo la indefinición de la jerarquía de los tratados de derechos humanos.

La ausencia de los elementos mínimos de articulación entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho interno, especialmente la indefinición de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, dificultan (sino es que imposibilitan) el ejercicio del control de convencionalidad por el Tribunal Constitucional chileno. Lo mismo podría

acontecer con el Poder Judicial. Asunto que trataremos en los próximos apartados.

### **1.3. Una pared del laberinto: el control concentrado de constitucionalidad**

Tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana, el control de convencionalidad obliga principalmente a “todos” los jueces que integran el poder judicial y/o las cortes y salas constitucionales que tengan atribuida la función de salvaguardar directamente los derechos fundamentales.<sup>12</sup>

Lo afirmado plantea las siguientes preguntas: ¿Cómo opera el control de convencionalidad en sistemas como el chileno en el que el control de constitucionalidad se encuentra concentrado en un órgano que carece de competencias protectoras directas de los derechos fundamentales? ¿Cómo opera el control de convencionalidad en sistemas como el chileno en el que los tribunales de justicia no ejercen el control de constitucionalidad de las normas, sin embargo, son los garantes concretos de los derechos fundamentales? Recordemos que la sentencia de 2006, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, señaló que el control de convencionalidad debe ejercerse *ex officio* y “en el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”.<sup>13</sup>

---

12 Eduardo FERRER expresa en base a la jurisprudencia interamericana: “Así, no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.” FERRER MAC GREGOR, Eduardo, Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad, en Opus Magna Constitucional Guatemalteco, Tomo III, 2011, p. 301.

13 La sentencia recaída en el caso señala en el párrafo 128: “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

A partir de la reforma constitucional de 2005, en Chile la jurisdicción constitucional se concentró en el Tribunal Constitucional, en el sentido restringido del control de constitucionalidad de las normas infra constitucionales. La Constitución Política no le atribuyó abiertamente al Tribunal Constitucional la función protectora de los derechos fundamentales. En tal sentido, el Tribunal Constitucional chileno no es directamente un tribunal de amparo de derechos constitucionales. En Chile, las garantías jurisdiccionales directas y concretas de los derechos están radicadas en la justicia ordinaria y se efectivizan a través de ciertas acciones, como, por ejemplo, el amparo o habeas corpus (artículo 21 constitucional), la acción de protección (artículo 20 constitucional) y la acción de amparo económico (artículo único de la ley N° 18.971) de competencia de las Cortes de Apelaciones en primera instancia y de la Corte Suprema en segunda instancia.

En 2010, Néstor Pedro SAGÜÉS planteó como problemático, a propósito de la afirmación de que el control de convencionalidad es difuso, el caso en que la justicia constitucional se halla concentrada. Concluía que en un Estado en que un juez del Poder Judicial es incompetente para realizar el control de constitucionalidad, y que considere que puede haber en un caso sometido a su decisión un problema de “convencionalidad”, deberá remitir los autos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, mediante el conducto procesal adecuado, a fin de que sea éste quien realice eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad.<sup>14</sup> Es decir, siguiendo la línea argumental de SAGÜÉS, y de conformidad con el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política, el juez de la gestión pendiente debiera requerir al Tribunal Constitucional, en virtud de la acción de inaplicabilidad, para que verifique si la aplicación de un precepto legal en un caso concreto produce efectos contrarios a la Convención Americana -y en general el *corpus iuris* interamericano- y a la jurisprudencia interamericana. Empero ¿Está facultado constitucionalmente el Tribunal Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad conjuntamente con el control de convencionalidad? ¿Está facultado constitucionalmente el Tribunal

---

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.”

14 SAGÜÉS, Néstor, Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, en REVISTA ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Año 8, N° 1, 2010, p. 122.

Constitucional para considerar como parámetro de control, además de la Constitución, al bloque de convencionalidad?

Es del caso que el Tribunal Constitucional ha rechazado de forma sostenida el rango constitucional a los tratados de derechos humanos, reconociéndoles expresamente rango supra legal.<sup>15</sup>

Por otro lado, el Tribunal Constitucional sólo en ocasiones puntuales ha hecho referencia al bloque constitucional de los derechos o razonado conforme a esta construcción doctrinaria. Cuando lo ha hecho ha sido para complementar la Constitución con aquellos derechos que no se encuentran consagrados en el catálogo constitucional pero sí lo están en los tratados internacionales.<sup>16</sup> Por el contrario, el Tribunal Constitucional destacó en la sentencia Rol N° 2265-12, que el bloque constitucional de derechos no constituye su parámetro de control de constitucionalidad por no tener reconocido constitucionalmente los tratados internacionales rango constitucional: “[...] 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 contraría. Para que esta operación fuera jurídicamente válida, sería necesario que aquellos instrumentos estuvieren 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°

- 
- 15 La línea jurisprudencial aludida, que reconoce rango infraconstitucional y supralegal a los tratados se inicia en la sentencia Rol N° 46 y es proseguida por la sentencia Rol N° 346 del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (considerando duodécimo), agregando además los Roles números 309, 312, 1288, 2387-12 y 2388-12 acumulados. Los principales argumentos expuestos en este sentido por la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional son: a) la Constitución no contiene una mención explícita sobre el rango normativo de los tratados internacionales, tampoco cuando estos versan sobre derechos humanos; b) los tratados tienen un rango infraconstitucional al encontrarse sujetos al control previo de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional; y c) reconocer jerarquía constitucional a los tratados importaría permitir una reforma de la Constitución por una vía distinta a la prevista en el Capítulo XV de la Carta Fundamental sobre reforma constitucional.
- 16 En 2009, el Tribunal Constitucional refirió al bloque de constitucionalidad en la sentencia Rol N° 1340-2009, considerando noveno; y en 2014, en la sentencia Rol N° 2493-13, considerando séptimo.

de la Carta Fundamental” (considerando octavo).<sup>17</sup>

Por las razones presentadas, la solución propuesta al problema tempranamente planteado por SAGÜÉS, no es procedente en el sistema chileno. Corresponde entonces ensayar con otra alternativa. Si consideramos la posición de Eduardo Ferrer, que expone que cada juez nacional del Poder Judicial es un “juez interamericano” con independencia que ejerza o no funciones de control de constitucionalidad, correspondería cuestionarse ¿Cuál es el verdadero alcance y efecto de la constatación de inconveniencia en el caso concreto?<sup>18</sup> ¿Podría el juez, en un sistema de control de constitucionalidad concentrado, anular, derogar con efectos *erga omnes*, inaplicar una norma nacional inconveniente o anticonvencional?

Eduardo FERRER formula una serie de distinciones atendiendo al grado de intensidad del control de convencionalidad. En sus conocidos términos señala: “En cambio, el grado de intensidad del “control difuso de convencionalidad” disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el “control difuso de constitucionalidad” y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. En estos casos es evidente que los jueces que carecen de tal competencia ejercerán el “control difuso de convencionalidad” con menor intensidad, sin que ello signifique que no puedan realizarlo “en el marco de sus respectivas competencias”. Lo anterior implica que no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo, en todo caso, realizar una “interpretación convencional” de la misma, es decir, efectuar una “interpretación conforme”, no solo de la Constitución nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional.”<sup>19</sup>

En palabras del actual juez de la Corte Interamericana, esta clase de interpretación consistiría en: “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia

17 Tribunal Constitucional. Rol N° 2265 – 12, de 21 de noviembre de 2013.

18 FERRER, Eduardo, op. cit. p. 303. Su propuesta es el control de convencionalidad judicial difuso por oposición al control concentrado que realiza la Corte Interamericana, justificado en que cada juez debe resolver los asuntos sometidos a su conocimiento considerando el *corpus iuris* interamericano.

19 FERRER, Eduardo, op. cit.p. 308.

de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”.<sup>20</sup>

El mismo autor explica que: “En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista “interpretación convencional” posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconveniencia de la misma o, en su caso, “plantear la duda de inconveniencia” ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el “control de convencionalidad” con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho “control” y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconveniente”.<sup>21</sup>

Esta última solución vuelve al callejón sin salida antes planteado, puesto que el órgano jurisdiccional con facultades para inaplicar o invalidar las normas, el Tribunal Constitucional en el caso chileno, difícilmente ejercerá el control de constitucionalidad/convencionalidad si desconoce al bloque constitucional/convencional de los derechos como su parámetro de control y si no les atribuye a los tratados de derechos humanos rango constitucional. Entonces, el juez chileno, no podría anular, derogar con efectos generales, o inaplicar una norma nacional inconveniente o anti-convencional. Sólo le correspondería realizar una interpretación conforme, minimizándose notablemente en Chile el posible impacto del control de convencionalidad.

Veamos en los apartados siguientes si la afirmación realizada respecto del Tribunal Constitucional tiene eco en su jurisprudencia, así como en la de los tribunales de justicia.

#### **1.4. ¿Un plan de Salida o un Callejón Sin Salida? ¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional chileno?**

Hasta el año 2016, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se registraron referencias explícitas al ejercicio del control de convencionalidad. Sin embargo, en el año 2016 se dictaron dos sentencias a propósito

20 FERRER, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, en Revista Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, 2011, p. 549.

21 FERRER, Eduardo, Reflexiones, op. cit. p. 310.

del cuestionamiento de constitucionalidad de ciertas normas contenidas en el Código de Justicia Militar. Se trata de las sentencias roles número 2704-15 y 2874-15. En ambos casos se hace una mención explícita al control de convencionalidad, aunque luego el Tribunal Constitucional no resolvió los casos ejerciendo dicho control.

### *A) Sentencia Rol N° 2794-15*

El primer caso, de 12 de mayo de 2016, el Tribunal Constitucional dictó la sentencia Rol N° 2794-15, aludiendo expresamente al control de convencionalidad. El caso versó sobre una acción de inaplicabilidad deducida por Juan Cruz Valverde, Cabo 1° del Ejército de Chile, respecto del artículo 5 N° 3° del Código de Justicia Militar que dispone los casos en que es competente un tribunal militar. El accionante estimó que la aplicación de dicho precepto legal en una gestión pendiente, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago, produciría efectos contrarios a los artículos 1° y 19 N° 3° incisos primero, segundo, quinto, sexto y séptimo, constitucionales, en relación con el artículo 5° de la Constitución.

En el considerando N° 37, el Tribunal Constitucional señaló: “Que la normativa internacional aludida, como es sabido, generó responsabilidad internacional del Estado de Chile, especialmente desde el caso *“Palamara Iribarne vs. Chile”*, de la Corte IDH, de fecha 22 de noviembre de 2005, reprochando al Estado de Chile la vulneración del derecho a ser oído por un juez o tribunal (naturalmente) competente, además de independiente e imparcial y, consecuentemente, el derecho a la protección judicial. En la misma línea y conforme a la noción de control de convencionalidad, con sus características y situación propias, cabe considerar además el caso *“Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”*, de la Corte IDH, de fecha 23 de noviembre de 2009. Asimismo, inter alia, el caso *“Gelman vs. Uruguay”*, de la Corte IDH, de fecha 24 de febrero de 2011. Sea cual fuere el valor jurídico que se le reconozca a estos pronunciamientos en Chile, el hecho es que se declaró la responsabilidad internacional del Estado de Chile en esta materia, y ello ha provocado cambios legislativos y un paulatino esfuerzo institucional hacia el acercamiento de la justicia militar chilena a los parámetros internacionalmente exigibles. Con todo, una evolución en ese sentido, en favor de las personas o de progresividad, es decir, un mejoramiento o progreso en esa orientación, no significa necesariamente que lo existente a nivel legal en forma previa haya sido y deba ser declarado

inconstitucional. Existen otros mecanismos institucionales que permiten dar cabida a tales estándares, ya que la Constitución chilena es permeable a los mismos, aunque no tengan igual jerarquía, atendido lo dispuesto en el artículo 5°, inciso final, en relación al respeto por el Estado de los derechos garantizados por tratados internacionales vigentes; además del artículo 19, N° 26°, respecto al deber del Estado de no afectar (vulnerar) la esencia de los derechos al regularlos por ley. En suma, la declaración de inaplicabilidad no es la única manera de proteger tales derechos y, como tal, es un recurso de última ratio, que sólo puede utilizarse cuando no exista otro medio jurídico eficaz disponible”.<sup>22</sup>

En síntesis, el fallo: a) aludió al caso *Palamara Iribarne contra el Estado de Chile* de 2005, ilustrando que, respecto de la aplicación del Código de Justicia Militar, el Estado de Chile fue condenado por la Corte Interamericana e incurrió en responsabilidad internacional; b) luego afirmó que “en la misma línea y conforme a la noción de control de convencionalidad, con sus características y situación propias” cabe considerar dos fallos dictados por la Corte Interamericana (*Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos* de 2009 y *Gelman vs. Uruguay* de 2011) referidos a la materia; c) sin expresar el valor de la jurisprudencia interamericana, señaló que tales fallos han supuesto cambios legislativos en Chile; y d) negó jerarquía constitucional a los tratados internacionales.

Como se observa, la referencia al control de convencionalidad es tímida y moderada, éste consistiría en que el Tribunal Constitucional interprete y contraste la norma impugnada de constitucionalidad con la jurisprudencia interamericana mencionada y resuelva conforme a ella. Sin perjuicio de señalarlo, el Tribunal Constitucional rechazó la acción de inaplicabilidad sin mediar un ejercicio del control de convencionalidad. El rechazo de la acción se fundó en que el Tribunal Constitucional no se encontraba en condiciones de acoger el requerimiento con incidencia en el caso judicial *sublite*, toda vez que la gestión judicial militar y procesal penal ordinaria subyacentes tenían pendientes de resolución una serie de aspectos penales sustantivos de competencia del Poder Judicial.

### B) *Sentencia Rol N° 2874-15*

El segundo caso fue deducido por Víctor Pérez Valderrama, civil,

---

22 Tribunal Constitucional. Rol N° 2794-15, de 12 de mayo de 2016.

camarógrafo de Televisión Nacional de Chile, quien requirió la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 3º número 2º, 5º números 2º y 3º, y 133 inciso primero, todos del Código de Justicia Militar, para que surta efectos en la causa penal militar Rol N° 889-2015, sobre delito de hurto y detención ilegal, tramitada por la Segunda Fiscalía Militar de Valparaíso, en atención a que los presuntos responsables fueron funcionarios de la policía de Carabineros de Chile. El accionante estimó que la aplicación de dichos preceptos legales resulta contrario a los derechos de igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, y al principio de legalidad.

La acción de inaplicabilidad fue rechazada el 15 de noviembre de 2016, con voto dividido, bajo el Rol N° 2874-15<sup>23</sup>. El voto de mayoría rechazó el requerimiento por consideraciones relativas a la ausencia de incidencia de los preceptos impugnados para la resolución de la gestión pendiente, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto; sin embargo, en el considerando tercero, el Tribunal Constitucional planteó la cuestión constitucional en disputa y señaló que ésta “radica esencialmente en determinar si la extensión de la jurisdicción penal militar, más allá del delito militar en sentido estricto (...), es decir, para delitos por naturaleza comunes, vulnera o no los elementos orgánicos y funcionales constitucionalizados del debido proceso, en especial la garantía constitucional del juez natural y, a consecuencia de ello, el derecho de defensa. (...) Tal cuestión constitucional puede ser, en muchos aspectos, coincidente con aquellas que han sido resueltas, a su vez, por la Corte IDH vía control de convencionalidad auténtico, no sólo en los tres casos procesales penales en que se ha condenado internacionalmente al Estado de Chile (cuales son: *Palamara Iribarne vs. Chile*, de 22 de noviembre de 2005; *Almonacid Arellano vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006; *Maldonado Vargas vs. Chile*, de 2 de septiembre de 2015) sino también en sentencias que han afectado directamente a otros países.”

El fallo del Tribunal Constitucional en comento expresó en una oportunidad la alocución “control de convencionalidad” para referirse al que

23 Tribunal Constitucional. Rol N° 2874-15, de 15 de noviembre de 2016. Redactó la sentencia el Ministro HERNÁNDEZ EMPARANZA. Hay voto de prevención de los Ministros LETELIER, ARÓSTICA y BRAHM. Hay voto disidente de los Ministros ROMERO, CARMONA, GARCÍA y POZO; y una prevención del Ministro Pozo. El voto disidente y el de prevención del Ministro Pozo aluden a los “estándares” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia.

ejerce la Corte Interamericana, denominándolo “auténtico” (considerando tercero recién transcrito). Empero –y a pesar de no referirse explícitamente al control de convencionalidad interno- se preguntó si debe contrastar las normas legales impugnadas con los “parámetros de convencionalidad” de la Corte Interamericana o los “estándares” que este último tribunal ha fijado; o, por el contrario, si debe ejercer el control de constitucionalidad confrontándolas sólo con lo dispuesto por las normas constitucionales.

A propósito de la problemática planteada, el Tribunal Constitucional reconoce tres posiciones, siendo predominante aquella que favorece el ejercicio del control de constitucionalidad, cuyo parámetro es únicamente la Constitución. Señala que de esta posición preponderante participa la sentencia Rol N° 2794-15 antes referida. No obstante, admite otras dos posiciones que reconocerían los estándares interamericanos al momento de ejercer el control normativo. Empero, tales posturas favorables serían minoritarias jurisprudencialmente.

La sentencia admite, en el considerando décimo primero, la posición predominante y contraria a la consideración de los estándares interamericanos en el ejercicio del control de constitucionalidad/convencionalidad en los siguientes términos: “Que, empero, cabe destacar que la posición jurisprudencial contraria, ha hecho mayoría en más ocasiones (en los roles N° 2794-15, 2399-13, 2363-12 -empate sin voto dirimente, que implica rechazo- y 1029-08. Todo ello a partir del rol N° 664-2007). Esta línea jurisprudencial constitucional, es de alguna manera refractaria al reconocimiento de la noción de “estándares” emanados de la Corte IDH, aun cuando no rechaza necesariamente su contenido sustantivo, según se aprecia en su redacción. Al parecer, ello se relaciona tácitamente con la forma de entender el sistema de fuentes del derecho y la autonomía y soberanía de los tribunales nacionales. Evidentemente, tal postura se siente cómoda aplicando la Constitución, solamente, como fuente de Derecho de mucho mayor raigambre y más acrisolada en la tradición jurídica nacional, que los estándares emanados de la Corte IDH, que –repetimos– no son rechazados explícitamente, en cuanto tales ni en su contenido sustantivo.”

Previo, en el considerando noveno, el Tribunal Constitucional señaló la dificultad que para la temática representa la no definición del rango de los tratados internacionales: “Todo ello, además, se armoniza con el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, que admite la recepción interna de

los tratados internacionales de derechos humanos, vigentes y ratificados por Chile, aunque sin definir explícitamente la cuestión de su jerarquía, cuestión esta última que ha suscitado ciertas dificultades.”

Como se advierte, la razón del predominio de la tesis que rechaza los estándares se hallaría en el propio texto constitucional, eventualmente en la referencia sólo a la Constitución como parámetro de control de constitucionalidad y en la ausencia de definición de la jerarquía de los tratados de derechos humanos.

Así, las sentencias del año 2016 confirman la hipótesis planteada, pues si bien aludieron expresamente al control de convencionalidad no lo ejercieron por los siguientes motivos que pueden extraerse del análisis de ambos fallos, son: a) la Constitución explica que su parámetro de control de constitucionalidad es la Constitución y no el bloque constitucional de derechos fundamentales; b) los tratados de derechos humanos no tienen rango definido en la Constitución; y c) no hay certeza del valor vinculante de la jurisprudencia interamericana en el sistema de fuentes del Derecho chileno.

### **1.5. ¿Otra vía sin salida? ¿Qué ha dicho la Corte Suprema?**

Luego de una rigurosa revisión de las sentencias de la judicatura nacional es posible identificar dos fallos en los que la Corte Suprema explícitamente refiere al control de convencionalidad. En ambos casos, su disposición parece favorable a resolver aplicando el control de convencionalidad, sin embargo, corresponde cuestionarse ¿Efectivamente ejerció el control de convencionalidad en la sentencia Rol N° 9.031-2013? ¿La sentencia Rol N° 27.543-16 es un caso de control de convencionalidad *inter partes*?

#### *A) Sentencia Rol N° 9.031-2013*

El primer fallo en que la Corte Suprema chilena expresamente se ha pronunciado sobre el control de convencionalidad data del 19 de noviembre de 2013, Rol N° 9.031-2013, y versa sobre un proceso de extradición desarrollado en contra de un sujeto imputado por el delito de transporte ilegal de estupefacientes.

La Corte Suprema analizó pormenorizadamente las circunstancias del caso y estimó, a la luz de la normativa de la Convención de Viena sobre

Relaciones Consulares, artículos 18 y 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que efectivamente se cumplen las garantías del debido proceso. Factor que – por si sólo – convierte en inútil cualquier alusión al control de convencionalidad, pues el propósito inserto en este instituto no es vigorizar la normativa nacional.

En el considerando décimo segundo, en un segmento de “a mayor abundamiento”, la Corte Suprema conceptualizó, caracterizó y señaló los principales elementos y fundamentos del control de convencionalidad, en los siguientes términos:

“Control de respeto y vigencia efectiva de las garantías fundamentales. 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.

La sola referencia que se efectúe a los tratados internacionales no constituye aplicación del control de convencionalidad, sino que requiere detenerse en el objetivo y fin de los derechos fundamentales en general, que es proteger a las personas, como los relacionados con derechos esenciales específicos y 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. En otras palabras, se debe efectuar 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, de lo contrario la labor de justificación y argumentación de la decisión estaría incompleta.

En el mundo actual todas las jurisdicciones reclaman un papel predominante en torno a la interpretación de los derechos y garantías fundamentales: primeros, únicos y finales. En realidad, todos tienen la posibilidad de aplicarlos, y para ello, de interpretarlos, la diferencia estará en la competencia que le reconozca el ordenamiento jurídico para hacerlo.

De la lectura del considerando décimo segundo transscrito, es posible

concluir que la Corte Suprema puso de relieve los siguientes elementos, que a su juicio, corresponden al control de convencionalidad: a) El control de convencionalidad consiste en la función de los jueces de velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos; b) La consecuencia inmediata de velar por el respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales 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; c) La sola referencia que se efectúe a los tratados internacionales no constituye aplicación del control de convencionalidad; d) Los sujetos encargados de realizarlo son los jueces, especialmente de las instancias superiores, como parte de su función jurisdiccional y en el ejercicio de su función conservadora; e) En tal ejercicio, los jueces procurarán un diálogo con las instancias internacionales, aplicando principios tales como progresividad y favor persona; y f) La inobservancia del respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales genera responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos.

Como podemos apreciar, la Corte Suprema concibe el control de convencionalidad en un sentido restringido, esto es como la función de los jueces de velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos. No lo conceptualiza como un control de compatibilidad entre las normas internas, por un lado, y la Convención Americana y la jurisprudencia que emana de la Corte Interamericana, por el otro, como es la posición dominante de la jurisprudencia interamericana y de la doctrina. Por otra parte, señala como uno de los fundamentos del control de convencionalidad el artículo 5, sin reflexionar sobre la jerarquía de los tratados ni los motivos de la aplicación directa que les atribuye. No se pronuncia sobre el valor de la jurisprudencia interamericana ni los efectos que pueden alcanzar sus decisiones cuando la interpretación que atienda a los motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que inspiran los tratados sea imposible, o cuando la interpretación conforme a los criterios de progresividad o favor persona no conduzca a resultados razonables al estar frente a una completa contradicción entre las normas internas y el *corpus iuris* interamericano.

Si bien la Corte Suprema se pronunció sobre los fundamentos, elementos y efectos del control de convencionalidad, no resolvió el pedido de extradición pasiva aplicando las pautas mínimas de dicho control. Por el contrario, la decisión del caso se adoptó desechando cada una de las alegaciones de la defensa en base a los hechos y antecedentes obrantes en la causa y en base a la normativa interna de Chile.

### B) *Sentencia Rol N° 27.543-16*

Atención aparte merece la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte Suprema, de 3 de octubre de 2016, Rol N° 27.543-16, que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 68 N° 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, revisó y anuló la causa Rol N° 1-73.

Este es un fallo dictado en cumplimiento de la sentencia emanada de la Corte Interamericana contra el Estado de Chile, en el caso “*Omar Humberto Maldonado Vargas*”, de 2 de septiembre de 2015, que, con miras a justificar su efectivo cumplimiento, alude al control de convencionalidad.

En el considerando undécimo de la sentencia, el máximo tribunal consideró: “Que exponer y atender al contenido y resolución del fallo de la CIDH, resulta ineludible en esta causa, pues dado el mandato contenido en dicho pronunciamiento al Estado de Chile, ello conlleva que la interpretación y aplicación de las disposiciones procesales que reglan la acción de revisión que ha sido planteada, contempladas en el Código de Justicia Militar y en el Código de Procedimiento Penal, deberá efectuarse esta vez procurando ajustarse a lo razonado y decidido por dicho tribunal internacional, para de esa manera resguardar el derecho a la protección judicial que se estimó vulnerado por la ausencia de recursos para revisar las sentencias de condena dictadas en los Consejos de Guerra del proceso Rol N° 1-73 y, en definitiva, hacer posible el mecanismo efectivo y rápido para revisar y poder anular esas sentencias que dispone dicho fallo. No debe olvidarse que, como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe, es decir, con la voluntad de hacerlos efectivos (este principio de derecho internacional emana de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26) y que, además -o como consecuencia de lo anterior-, el incumplimiento del fallo trae consigo la responsabilidad internacional del Estado de Chile, conforme a los artículos 65 y 68 N° 1 de la Convención, por lo que todos sus órganos –incluyendo esta Corte, huelga señalar- en el ámbito de

sus competencias deben tener en consideración dichas obligaciones, para no comprometer la responsabilidad del Estado. Así, en la interpretación y aplicación de las normas que tratan la acción de revisión, en especial la causal de invalidación invocada, no debe preterirse que lo que está en juego no es sólo la resolución de un caso concreto, sino que la responsabilidad internacional del Estado de Chile en caso de optar por una lectura restrictiva de los derechos humanos y, en particular, del derecho a un mecanismo efectivo y rápido para revisar y poder anular las sentencias dictadas como corolario de un proceso injusto -como se demostrará- por los Consejos de Guerra convocados en el proceso Rol N° 173. Empero, conviene resaltar que, aun de no haberse dictado el pronunciamiento referido por la CIDH en el caso *“Omar Humberto Maldonado Vargas y Otros versus Chile”*, igualmente esta Corte Suprema debe procurar adoptar una interpretación de las normas procesales nacionales que conduzca al resultado indicado en ese pronunciamiento, dado que lo resuelto por la CIDH no busca sino hacer realidad el derecho a un recurso efectivo y rápido que consagra la Convención Americana de Derechos Humanos que fue suscrita y ratificada por Chile y, por tanto, derecho vigente de nuestro ordenamiento de rango constitucional conforme al artículo 5, inciso 2º, de la Carta Fundamental. En ese orden, los tribunales tienen la obligación de intentar una interpretación de las normas nacionales que afecten derechos humanos que sea armónica con las obligaciones internacionales del Estado en este campo, aun cuando dichas normas internas en sí mismas no se ajusten a la Convención (Cecilia MEDINA Q. y Claudio NASH ROJAS, Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección, p. 9, disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/79.pdf>), a lo que cabe agregar que, atendidas las particularidades de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho Constitucional como el nuestro, dichos derechos deben interpretarse de acuerdo a ciertos criterios y, uno de éstos, es el principio pro persona, de acuerdo al cual debe preferirse aquella norma o interpretación que de mayor efectividad a la protección de los derechos humanos. Ratificando y respaldando todo lo antes razonado, la CIDH ha declarado que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sujetos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe

ejercer un control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Caso *Radilla Pacheco vs. México*, párr. 339; Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, párr. 78; Caso *Almonacid Arellano*, párr. 12423). Entonces, ya que se ordena por la CIDH que el mecanismo para revisar las sentencias que se ponga a disposición de quienes comparecieron ante dicho tribunal y los demás sentenciados por Consejos de Guerra sea “efectivo”, ello implica que el estudio de los extremos de la causal de revisión invocada del artículo 657 N° 4 del Código de Procedimiento Penal, debe efectuarse por esta Corte Suprema de manera de no sujetar la procedencia de esa causal a condicionamientos excesivos, lo que, por ende, conducirá a rechazar interpretaciones de los requisitos legales para su admisión o estimación que sean poco razonables o restrinjan injustificadamente dicho acceso o sus posibilidades de ser acogido. Ello, en armonía con la jurisprudencia de la misma CIDH que ha señalado que “si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discretionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho” (Caso *Cantos vs. Argentina*, párr. 54).<sup>7</sup>

Del análisis del considerando en comento podemos concluir que: a) La interpretación y aplicación de las disposiciones procesales que reglan la acción de revisión contempladas en el Código de Justicia Militar y en el Código de Procedimiento Penal deberá efectuarse de conformidad a lo razonado y decidido por la Corte Interamericana en el fallo *Omar Humberto Maldonado Vargas vs. el Estado de Chile*; y b) Esto, para resguardar el derecho a la protección judicial que se estimó vulnerado por la ausencia de recursos para revisar las sentencias de condena dictadas en los Consejos de Guerra del proceso Rol N° 1-73 y, en definitiva, hacer posible el mecanismo efectivo y rápido para revisar y poder anular esas sentencias que dispone dicho fallo. A juicio del máximo tribunal en esto radicaría en control de convencionalidad.

¿Se trata éste de un caso que la doctrina y la jurisprudencia interamericana llama “*res judicata*” o control de convencionalidad en su manifestación

“*inter partes*”? O ¿Es simplemente un caso de cumplimiento de una sentencia internacional?

Siguiendo a Juana IBÁÑEZ, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha precisado que el control de convencionalidad tiene dos manifestaciones, en función a si un Estado ha sido “parte material” o no en la controversia internacional ante el tribunal internacional. Dependiendo de dicha situación, la aplicación del control de convencionalidad tendrá diferentes alcances y consecuencias respecto al orden interno estatal. Así la autora distingue entre el control de convencionalidad en su manifestación *inter partes* y en su manifestación *erga omnes*.

En tal sentido, afirma IBÁÑEZ, el efecto *inter partes* es vinculante de la integridad de una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado parte en el proceso internacional. Lo anterior, con base en lo dispuesto por los principios generales del Derecho Internacional y por los artículos 67 y 68 de la Convención Americana. A partir de ello, todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, están sometidos a la sentencia de la Corte IDH, lo cual les obliga a velar para que dicha decisión y los efectos de las disposiciones de la Convención “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 sentencia”. Al estar en presencia de una “cosa juzgada internacional”, el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En ese sentido, el Estado debe cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva.<sup>24</sup>

Confirma lo dicho, la propia Corte Interamericana en la conocida resolución de cumplimiento referida al caso *Gelman vs. Uruguay*, de 20 de marzo de 2013.<sup>25</sup> En ella, tanto la Corte, como un voto concurrente del Juez FERRER MAC GREGOR, proponen como dimensiones de la eficacia de sus resoluciones las que llaman “*res judicata*” y “*res interpretata*”. Mediante

- 
- 24 IBÁÑEZ, Juana, Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, p. 77.
- 25 Otro ejemplo, Corte IDH, Caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, supervisión de cumplimiento de sentencia, considerando 73.

la primera, en palabras de la Corte: “cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este 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 sentencia.”<sup>26</sup>. Cuestión que FERRER MAC GREGOR reitera en su voto concurrente de la misma sentencia (párrafo 83) y en un artículo académico.<sup>27</sup>

La “*res interpretata*”, por su parte, implicaría una eficacia *erga omnes* u objetiva de las sentencias de la Corte Interamericana. También en decir de la Corte: “en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”. Idea que nuevamente se ve ratificada por el ya citado juez en el mismo voto concurrente (párrafo 91) y en el ya aludido artículo de difusión.<sup>28</sup>

Si se analiza en perspectiva la dualidad “*res judicata*” – “*res interpretata*”, nos daremos cuenta de que se trata de una senda que poco aporta en la salida de nuestro laberinto, sino que nos reconduce a sus comienzos. En efecto, la idea de la “*res judicata*” no es -palabras más, palabras

26 GELMAN Vs. URUGUAY, Sentencia de Cumplimiento, 2013, párrafo 68.

27 FERRER, Eduardo, Eficacia op. cit. pp. 656 y ss.

28 FERRER, Eduardo, Eficacia op. cit. p. 657 y ss.

menos- nada distinta que una descripción del cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana. Mientras que la “res interpretata”, no se diferencia del tantas veces aludido valor de precedente vinculante que tendría la exégesis que la Corte Interamericana hace de la Convención Americana.

Con todo, esta sentencia de la Corte Suprema no supone ninguna especie de control de convencionalidad, sino que simplemente implica el cumplimiento de una sentencia internacional.

### **1.6. Ventana de salida: reflexiones para abandonar el laberinto**

Distintos Estados –en el ámbito interamericano- disponen de espacios fértiles para el desarrollo del control de convencionalidad, con un común denominador: la existencia de normas constitucionales de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos, particularmente de normas que les confieren un especial valor a los tratados internacionales de derechos humanos, configurando especies de constituciones materiales que se superponen a las formales. Pero mientras aquello no ocurra en el ordenamiento constitucional chileno, cualquier intento por efectuar alguna especie de control de convencionalidad en Chile no será más que un soliloquio.

La confirmación de lo dicho se encuentra en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Las sentencias del año 2016, si bien aludieron expresamente al control de convencionalidad, no lo ejercieron por los siguientes motivos que se extraen de su *ratio decidendi*: a) la Constitución explica que su parámetro de control de constitucionalidad es la Constitución y no el bloque constitucional de derechos fundamentales; b) los tratados de derechos humanos no tienen rango definido en la Constitución; y c) no hay certeza del valor vinculante de la jurisprudencia interamericana en el sistema de fuentes del Derecho chileno.

Por su parte, la Corte Suprema, con una disposición favorable al control de convencionalidad, lo conceptualiza, lo clasifica, lo fundamenta, pero no decide los casos aplicándolo. En el fallo de 2013, concibe el control de convencionalidad en un sentido restringido, esto es como la función de los jueces de velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos. No reflexiona sobre

la jerarquía de los tratados ni los motivos de la aplicación directa que les atribuye. No se pronuncia sobre el valor de la jurisprudencia interamericana ni los efectos que pueden alcanzar sus decisiones cuando la interpretación conforme a los criterios de progresividad o favor persona no sea posible. En fallo de 2016, sólo cumple con la sentencia dictada por la Corte Interamericana por constituir cosa juzgada internacional.

Los laberintos –y la soledad– pueden ser opcionales o impuestos. En el caso chileno se confabulan ambos factores.

Una opción del sistema, impuesta en dictadura, y no resuelta en democracia. Cuando tales rutas complejas provienen del pasado y son difíciles de modificar existen dos alternativas, el activismo y el apego al Estado de Derecho. El activismo modifica el sistema de fuentes formales del Derecho y confía –en la escasez y abundancia– en los jueces como artífices del sistema. En cambio, el Estado de Derecho opta por el control del poder –inclusive de los jueces– pues como ha evidenciado la historia, ese relato del que nunca aprendemos, provenga de entidades con legitimidad democrática mediata o subrogada y, en fin, transfiere, con la complicidad de esperanzas y desidia, el supremo poder del Estado a sujetos humanos, imperfectos, pero que crean Derecho, inclusive en contra de las opciones de pueblo.