

# DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE RECEPCIÓN Y APLICACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO

CLAUDIO NASH ROJAS

Colaboración:  
CATALINA MILOS,  
ANDRÉS NOGUEIRA,  
CONSTANZA NÚÑEZ



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO



Centro de Derechos Humanos





DERECHO INTERNACIONAL DE  
LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE  
RECEPCIÓN Y APLICACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO

CLAUDIO NASH ROJAS

Colaboración:  
CATALINA MILOS,  
ANDRÉS NOGUEIRA,  
CONSTANZA NÚÑEZ

La publicación de este libro ha sido posible gracias al valioso apoyo brindado por la Fundación Ford y la Fundación Open Society.

**Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno,** publicado en septiembre de 2012.

*Autor:*

Claudio Nash Rojas

*Colaboración:*

Catalina Milos

Andrés Nogueira

Constanza Núñez

Registro de propiedad intelectual 220.926

ISBN 978-956-19-0784-3

*Diseño, diagramación e impresión:*

Andros Impresores

*Impreso en Chile*

Se imprimieron en esta edición 300 ejemplares

Centro de Derechos Humanos

Facultad de Derecho

Universidad de Chile

Pío Nono 1, Providencia

Santiago de Chile

Teléfonos (56-2) 978 52 71 / (56-2) 978 52 97

[www.cdh.uchile.cl](http://www.cdh.uchile.cl)

# ÍNDICE

---

## PRESENTACIÓN

### I. CAPÍTULO I. ESTUDIO INTRODUCTORIO: LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE

|     |   |    |
|-----|---|----|
| 1.  | Una aproximación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su interacción con el derecho interno                       | 13 |
| 2.  | La recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos: ¿Por qué deben aplicarse en Chile?                        | 15 |
| 2.1 | Procedimiento de incorporación de Tratados Internacionales  | 15 |
| 2.2 | La jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales: análisis del artículo 5.2 Constitución Política   | 19 |
| 2.3 | Consecuencias de la recepción del DIDH en Chile   | 23 |
| 3.  | Herramientas para la aplicación de tratados que consagran normas de derechos humanos  | 42 |
| 3.1 | Concepto y antecedentes históricos del “Bloque de Constitucionalidad”   | 43 |
| 3.2 | La aplicación jurisprudencial de la figura del “Bloque de Constitucionalidad” por parte de los tribunales de justicia           | 44 |
| 3.3 | Conclusiones  | 51 |
| 4.  | Hacia una protección eficaz de los derechos fundamentales: El control de convencionalidad como herramienta hermenéutica         | 51 |
| 4.1 | Bases normativas para la aplicación del control de convencionalidad   | 53 |
| 4.2 | Conceptualización y aplicación de la figura por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: evolución jurisprudencial | 57 |
| 4.3 | Dificultades en la implementación de la figura en el derecho interno  | 60 |
| 4.4 | Aplicación en Chile   | 62 |
| 5.  | ¿Cómo enfrentar un caso de derechos humanos?  | 68 |
| 5.1 | Minuta práctica para enfrentar un caso de derechos humanos  | 69 |
| 6.  | Conclusiones  | 72 |
| 7.  | Bibliografía citada en este capítulo  | 73 |

### CAPÍTULO II: SELECCIÓN DE NORMATIVA BÁSICA EN DERECHOS HUMANOS

|    |  |    |
|----|--|----|
| 1. | Proceso de gestación de las normas internacionales | 79 |
| 2. | Los sistemas internacionales: sus elementos        | 81 |
| 3. | Estructura de los derechos humanos                 | 82 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| 4.   | Los principales tratados de derechos humanos ratificados por Chile e incorporados al sistema normativo nacional             | 84  |
| 5.   | Selección de instrumentos internacionales ratificados por Chile   | 85  |
| 5.1  | Constitución Política de la República: bases de la institucionalidad  | 85  |
| 5.2  | Constitución Política de la República: de los Derechos y Deberes constitucionales   | 87  |
| 5.3  | Declaración Universal de Derechos Humanos   | 97  |
| 5.4  | Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre  | 102 |
| 5.5  | Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial                                  | 108 |
| 5.6  | Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes  | 119 |
| 5.7  | Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura  | 131 |
| 5.8  | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos   | 136 |
| 5.9  | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales   | 152 |
| 5.10 | Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer                                       | 162 |
| 5.11 | Convención sobre los Derechos del Niño  | 173 |
| 5.12 | Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"   | 192 |
| 5.13 | Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos   | 213 |
| 5.14 | Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer ("Convención de Belém do Pará") | 216 |
| 5.15 | Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad    | 223 |
| 5.16 | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares      | 228 |
| 5.17 | Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad  | 261 |
| 5.18 | Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad                                  | 286 |
| 5.19 | Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales  | 290 |
| 5.20 | Protocolo a la convención americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte                     | 302 |
| 5.21 | Segundo protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos, destinado a abolir la pena de muerte | 303 |
| 5.22 | Protocolo facultativo a la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes             | 306 |
| 5.23 | Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas  | 318 |
| 5.24 | Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas                        | 323 |
| 6.   | Bibliografía citada en este capítulo  | 340 |

### **CAPÍTULO III: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS RELATIVA AL ESTADO DE CHILE**

|    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Introducción   | 343 |
| 2. | El inicio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos | 343 |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| 3.  | Principales elementos del sistema interamericano de derechos humanos: normativa, órganos y procedimientos   | 344 |
| 4.  | Resúmenes de sentencias de la Corte Interamericana que condenan al Estado de Chile por violaciones a los derechos humanos                                 | 348 |
| 4.1 | Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73   | 348 |
| 4.2 | Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135                                     | 357 |
| 4.3 | Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151                                      | 385 |
| 4.4 | Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154 | 400 |
| 4.5 | Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239                                     | 419 |
| 5.  | Bibliografía citada en este capítulo  | 446 |



## PRESENTACIÓN

---

El Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile desde su fundación en 2002 ha tenido como norte principal aportar en la construcción de una sociedad democrática basada en la plena vigencia de los derechos humanos. Para cumplir con dicho objetivo, hemos desarrollado actividades de investigación, docencia y extensión, tanto en Chile como en toda Latinoamérica. Nuestro programa de Diplomas de Postítulo se ha situado como una de las principales instancias académicas de la región, las publicaciones del Centro se distribuyen masivamente, convocamos a los principales expertos de nivel mundial en materia de derechos humanos para participar de nuestros cursos, hemos organizado reuniones de expertos y desarrollado investigaciones de excelencia. Pero aportar en Chile ha sido un desafío que no ha sido fácil de abordar.

Durante estos años de trabajo hemos visto evolucionar la percepción de los derechos humanos en nuestro país. Desde un principio pudimos observar lo difícil que era para muchos mirar los derechos humanos como un desafío de toda la sociedad y no sólo como una bandera de lucha de un sector. Desde la academia y la práctica profesional, hemos visto las dificultades existentes para que los abogados y abogadas de nuestro país se apropien de las herramientas del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y, de esta forma, desarrollen de mejor manera su práctica profesional. Pero en los últimos años ha sido posible percibir un cambio; mayor preocupación sobre estos temas y, principalmente, una apropiación de la temática de los derechos humanos por parte de la ciudadanía han marcado la diferencia. Sin duda que las reformas a la justicia en esta materia también han aportado mucho.

Considerando este contexto, hemos decidido editar un libro que apoye este proceso. Sabemos que son muchos los juristas que quieren utilizar las herramientas que entrega el DIDH en el ámbito interno, pero dicho proceso no siempre ha sido posible. La formación jurídica de los abogados y abogadas en estos temas no ha sido robusta y existen muchas dudas, desinformación y desconocimiento que no ayudan a profundizar en estas temáticas. Por eso nos ha parecido que editar un libro que permita dar a conocer los aspectos centrales sobre la recepción del DIDH en Chile, desde un punto de vista práctico, era necesario.

Este libro se divide en tres capítulos. Comienza con un estudio introductorio sobre la recepción del derecho internacional en Chile que busca resolver algunas dudas que pueden surgir sobre el proceso de incorporación del DIDH en el país y la cuestión de la jerarquía de los derechos contenidos en dichos instrumentos; increíblemente éste sigue siendo un

“debate” en nuestro país, pese a la claridad de las normas en la materia. En segundo lugar, este estudio introductorio se hace cargo del tema del Bloque de Constitucionalidad, un instrumento muy utilizado a nivel comparado, pero bastante oscurecido en nuestro debate interno. Finalmente, se aborda la figura del Control de Convencionalidad desarrollada por la Corte Interamericana a partir del fallo *Almonacid vs. Chile* (2006) y sus implicancias para nuestro derecho interno. Cada uno de estos temas se aborda con la rigurosidad académica que se merece el estudio de los mismos, pero con un sentido práctico que permita su uso en la labor diaria de los juristas de nuestro país. Luego, el libro contiene un segundo capítulo con una recopilación de los instrumentos internacionales de derechos humanos más relevantes ratificados por Chile. Los instrumentos se encuentran ordenados del siguiente modo: en primer lugar, la normativa relevante de la Constitución Política de Chile; luego, las declaraciones de derechos humanos; y, finalmente, los tratados internacionales ratificados por Chile ordenados por su fecha de promulgación. Creemos que contar con los principales instrumentos internacionales que se han incorporado a nuestro sistema jurídico al alcance de la mano facilita su utilización. Por último, este libro contempla un capítulo, con resúmenes de la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a Chile. Poder apreciar la forma en que razona un órgano internacional en casos relativos a nuestro país, acerca dicha jurisprudencia a la actividad diaria de nuestros operadores de justicia y permite abrir el interés por conocer la jurisprudencia de la Corte Interamericana para utilizarla internamente.

Este libro no habría sido posible sin el trabajo de un grupo extraordinario de investigadores/as del Centro de Derechos Humanos, Catalina Milos, Andrés Nogueira y Constanza Núñez, que han hecho el trabajo duro de investigación y edición. Asimismo, agradecemos a la Fundación Ford y a la Fundación Open Society que financiaron esta investigación.

Finalmente, no podría cerrar esta presentación sin expresar un sencillo pero sentido homenaje a la profesora Cecilia Medina, quien ha sido una persona fundamental para que este proceso de construcción de una cultura de los derechos humanos sea posible en nuestro país.

CAPÍTULO I

ESTUDIO INTRODUCTORIO: LA RECEPCIÓN DEL  
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS  
HUMANOS EN CHILE



## CAPÍTULO I

---

# ESTUDIO INTRODUCTORIO: LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE

### 1. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU INTERACCIÓN CON EL DERECHO INTERNO

El siglo XX fue testigo del progresivo desarrollo del DIDH, como una respuesta ante el fracaso de los sistemas tradicionales de protección de los individuos, tanto a través de los mecanismos desarrollados en el ámbito nacional (la escasa protección constitucional), como aquellos establecidos por el derecho internacional público en la primera mitad del siglo XX (basados en una mirada desde los Estados y su soberanía).

Dichas experiencias confluyeron en que la comunidad internacional asumiera la tarea de crear un sistema que protegiera a los individuos de los abusos en el ejercicio del poder por parte de los Estados. Esto se tradujo en la consagración de catálogos de derechos humanos y mecanismos de promoción y protección internacionales de los derechos incluidos en los catálogos, como por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la creación de órganos jurisdiccionales para la protección de los derechos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Actualmente, no es posible entender la configuración de los derechos fundamentales en nuestro país sin considerar la influencia que tiene para éstos el progresivo desarrollo del DIDH, bajo la consideración de que en el actual orden jurídico internacional la persona humana y sus derechos son un objeto específico de regulación<sup>1</sup>. Es por esto que se ha ido planteando la interrogante acerca de cómo se configura la relación entre el derecho estatal e internacional en materia de derechos humanos.

Una de las visiones tradicionales respecto a la relación existente entre derecho internacional y derecho interno (constitucional principalmente) ha sido entender al sistema internacional como subsidiario del nacional<sup>2</sup>. La doctrina ha considerado que el derecho internacional debe aplicarse sólo cuando el sistema interno no ha dado respuesta ante determinadas violaciones de derechos fundamentales. En este sentido, se ha planteado que el sistema internacional actúa cuando los mecanismos internos de los Estados han fallado.

---

<sup>1</sup> DULITZKY, Ariel. "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano". En: *Estudios especializados de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo I, año 1996, p. 132.

<sup>2</sup> BENADAVA, Santiago, et al. *Nuevos enfoques del derecho internacional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

Así, resulta sumamente común que los órganos internacionales, para conocer de un caso ocurrido en un país, exijan el previo agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, el principio de subsidiariedad se emplea tan sólo en algunos ámbitos de la relación existente entre el derecho internacional y los ordenamientos internos –principalmente en temas de orden jurisdiccional–; no obstante, no resulta factible aplicar esta visión a la totalidad de las materias a las cuales está sujeta esta relación entre sistemas, como, por ejemplo, a la labor de codificación y promoción que realiza el DIDH. Entendiendo lo anterior, resulta inadecuado abordar la generalidad de la relación entre los sistemas constitucional e internacional sólo desde esta perspectiva.

Considerando la incapacidad de la tesis de la subsidiariedad de dar una respuesta satisfactoria a la relación entre la protección nacional y la internacional de los derechos humanos, se ha planteado por la doctrina que la relación existente entre los sistemas constitucional e internacional debe ser entendida como de carácter complementaria<sup>3</sup>. De acuerdo con esta concepción, las normas de fondo de derechos humanos (como las consagradas en los tratados internacionales) pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución. Esta perspectiva considera que las normas del ordenamiento interno y del internacional tienen un sentido y alcance que deben articularse en un sistema en donde ninguna anule a la otra, ni estén en pugna, sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una congruencia armonizante.

Al concebir la relación entre derecho interno y sistema internacional como una forma de complementar contenidos y protección, el sistema internacional no sólo cumple el rol de suplir los vacíos que deja la inactividad en el ámbito interno de un Estado, sino que también, se erige como una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos. Veremos más adelante a través de qué mecanismos jurídicos esto se hace operante en Chile<sup>4</sup>.

Avanzando un poco más en el análisis de este tema, hoy podemos sostener que esta relación no sólo es complementaria, sino también es de retroalimentación entre ambos sistemas jurídicos, ya que existe una relación recíproca entre ambos sistemas, en donde el sistema interno de cada Estado se enriquece de los aportes normativos y jurisprudenciales del sistema internacional y, en donde también, el sistema internacional mira el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados para emprender la concreción de nuevos instrumentos internacionales o para enriquecer su argumentación jurisprudencial<sup>5</sup>.

Desde una mirada basada en la complementariedad y reciprocidad entre el derecho nacional e internacional en materia de derechos humanos, abordaremos los derechos fundamentales en Chile. Para esto, explicaremos cómo se recepcionan los tratados internacionales de derechos humanos en nuestro país, cómo pueden ser aplicados sus estándares y la manera en que podemos enfrentarnos ante un caso concreto de violación

<sup>3</sup> CANÇADO, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 273.

<sup>4</sup> Ver, *infra* Capítulo I, apartado 3.

<sup>5</sup> NASH, Claudio. "La relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos". Ponencia presentada en *Simposio Humboldt: Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional*, Universidad de Buenos Aires, octubre 2010. Disponible en: [http://www.cd.h.uchile.cl/articulos/Nash/Charla\\_relacion\\_derecho\\_internacional-derecho\\_constitucional.pdf](http://www.cd.h.uchile.cl/articulos/Nash/Charla_relacion_derecho_internacional-derecho_constitucional.pdf)

a los derechos humanos. Todo esto, bajo la concepción de que ambos sistemas configuran un *corpus iuris* garantista que hace efectiva e integral la protección de los derechos fundamentales.

## 2. LA RECEPCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS: ¿POR QUÉ DEBEN APLICARSE EN CHILE?

Una de las principales inquietudes que se plantea a la hora de instalar el debate de la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos en el derecho interno es en torno a la recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Cuando se hace referencia a la recepción, se está examinando de qué modo las normas internacionales adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado, es decir, qué requisitos son necesarios para que estas normas puedan ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales y qué lugar ocupan en la estructura jerárquica de las normas<sup>6</sup>.

Respecto a la temática de la incorporación de los tratados y la jerarquía de los derechos humanos han existido sendos debates académicos y jurisprudenciales; sin embargo, en el presente apartado despejaremos dichas inquietudes con el objetivo de sistematizar las razones por las cuales sostenemos que los instrumentos internacionales de derechos humanos deben aplicarse en Chile y las consecuencias prácticas que trae esto para nuestro sistema de protección de derechos fundamentales.

### 2.1 Procedimiento de incorporación de Tratados Internacionales

Los procedimientos de incorporación de tratados internacionales dan cuenta de los mecanismos a través de los cuales los Estados le dan validez a los instrumentos internacionales en sus ordenamientos jurídicos internos. De acuerdo con los sistemas comparados, es la Constitución Política la que determina la validez de las normas internas y la aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno<sup>7</sup>.

En Chile, la Constitución de 1980 se caracterizó por tener vacíos normativos en cuanto al procedimiento de incorporación de tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno. Así el artículo 50.1 sólo establecía que el procedimiento ante el Congreso "se someterá a los trámites de una ley"<sup>8</sup>, recayendo sobre el Presidente de la República

---

<sup>6</sup> NASH, Claudio. "La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: La experiencia chilena". En: Alberto León Gómez Zuluaga, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Corporación REGION (Medellín, Colombia), et al. *La aplicación judicial de los tratados internacionales*. Serie Democracia y Judicatura, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2006, p. 149.

<sup>7</sup> "Sin embargo, hay que tener presente que si bien la forma en que la Constitución resuelve la incorporación de las normas internacionales es una prerrogativa del Estado, esta incorporación, en sus aspectos procesales y de jerarquía, en ningún caso le permitirá al Estado evadir su responsabilidad internacional, lo que emana del artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados", en: NASH, Claudio. "La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: La experiencia chilena", op. cit., p. 150.

<sup>8</sup> Constitución Política de la República (1980), artículos 32 inc. 17, y 50.1

la negociación, firma y ratificación de los tratados, pudiéndose incluir un examen de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional<sup>9</sup>.

La falta de especificidad del procedimiento llevó al Tribunal Constitucional<sup>10</sup> a interpretar el artículo 50 de la Constitución, a propósito de un requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el sentido de que los tratados en el ordenamiento jurídico nacional tenían un tratamiento idéntico al de una norma de rango legal, y postuló la división de la votación del proyecto, de acuerdo con la naturaleza de sus normas. De esta forma, se sostuvo que en el caso de que las disposiciones del tratado contemplen normas de distinta naturaleza, éstas se aprobarían o rechazarían aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas, pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado por la respectiva Cámara cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella<sup>11</sup>. En esta misma línea, la literalidad de la norma constitucional llevó a sostener a una parte de la doctrina nacional que los tratados internacionales poseían la misma naturaleza jurídica que una ley<sup>12</sup>.

En definitiva, una vez superados los trámites parlamentarios, la práctica judicial de los tribunales internos resolvió que el tratado internacional adquiere vigencia interna sólo mediante la promulgación por decreto del Presidente de la República y la publicación del decreto y del texto del tratado en el Diario Oficial<sup>13</sup>. Llegado este momento, los tratados tendrían plena aplicación en nuestro país.

### 2.1.1 Reforma del año 2005

Los problemas que generaba la falta de definición de la Constitución Política de 1980 respecto al procedimiento de incorporación de los tratados internacionales, intentaron ser resueltos con la enmienda constitucional del año 2005. Esta reforma modificó el comentado artículo 50.1 e introdujo el nuevo artículo 54.1, que establece (*destacado nuestro*):

<sup>9</sup> Constitución Política de la República (1980), art. 82.2.

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 4 de agosto de 2000, Rol No. 309.

<sup>11</sup> *Ibidem*, considerandos 17 y 25.

<sup>12</sup> BENADAVA, Santiago. "Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos". En: Avelino León Steffens (Coordinador). *Nuevos desafíos del derecho internacional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 92.

<sup>13</sup> Esta fue una materia muy debatida durante el Gobierno Militar (1973-1989) porque, pese a que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) estaba ratificado, los tribunales se negaron a aplicarlo, toda vez que éste no estaba promulgado, ni publicado en el Diario Oficial. De esta manera nuestros tribunales aplicaron una norma de protección (conocimiento de la ley) en perjuicio de las personas, imposibilitando el uso de la legislación internacional en la protección de los derechos de las personas. Ver, DETZNER, John. *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno*. Comisión Chilena de Derechos Humanos y Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1988.

"Artículo 54. Son atribuciones del Congreso:

1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle.

El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Las disposiciones de un tratado **sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional.**

Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.

El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva.

De conformidad a lo establecido en la ley, **deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.**

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64, y"

Una de las principales consecuencias de la reforma, es que se aclaran los problemas de interpretación referidos a la naturaleza de los tratados internacionales. En efecto, la nueva redacción constitucional señala que el tratado se someterá "en lo pertinente" a los trámites de una ley. En ese sentido, se ha entendido por la doctrina que dicha frase y la naturaleza de los tratados permiten diferenciar a una ley de un tratado como fuentes de derecho diversas, en cuanto a su procedimiento de adopción como a su rango normativo<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> GARCÍA, Ana María. "Tratados internacionales según la reforma del 2005". En: *Revista de Derecho Público*, Santiago, 2006 (68), pp. 72 y ss; NOGUEIRA, Humberto. "Reforma constitucional del 2005 y

En efecto, un tratado internacional, tal como lo define la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su artículo 2, es un acto jurídico en que concurren la voluntad de dos o más Estados u organismos internacionales, a diferencia de un precepto legal o ley que es la expresión unilateral de la voluntad de los órganos colegisladores de un Estado<sup>15</sup>. Lo que hace la reforma, en esta línea, es que sin asimilar la naturaleza jurídica de ambos tipos de normas, reconoce la especificidad de cada una y hace aplicables a la tramitación legislativa de los proyectos de acuerdo sobre aprobación de tratados, las disposiciones sobre formación de leyes en lo que sea pertinente<sup>16</sup>.

Esto implica que mientras una ley se someterá a los trámites de rigor, el tratado internacional tendrá ciertas particularidades en su aprobación que se especifican en el artículo 50. Asimismo, dichas especificidades también dan cuenta de una distinción en cuanto al rango normativo de los tratados, ya que se busca que prevalezcan sobre las leyes y otras normas de inferior jerarquía<sup>17</sup>.

Otro aspecto relevante de la reforma tiene que ver con el nuevo mecanismo de derogación, modificación y suspensión de los tratados. El artículo 54.1 establece que esto se realiza mediante los procedimientos señalados en el mismo tratado o de la manera prevista por las normas generales de derecho internacional. Con esto, se buscaba por parte del legislador evitar que una ley posterior dictada en Chile pudiera modificar o dejar sin efecto un tratado, con el objeto de impedir que el Estado incurriera en responsabilidad internacional<sup>18</sup>. Una consecuencia de lo anterior, es que se plantea la imposibilidad de realizar un control *a posteriori* de constitucionalidad de los tratados, toda vez que su derogación sólo se permite a través de los mecanismos propios de los tratados o por los establecidos en el derecho internacional<sup>19</sup>; sin embargo, ésta no es la interpretación que ha seguido el Tribunal Constitucional, el que sostuvo en el año 2009 que estaba dentro de sus atribuciones establecer la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado internacional<sup>20</sup>.

En definitiva, es importante tener claro que tras la enmienda constitucional del año 2005, se aclara que una vez que se encuentra vigente un tratado (lo que se realiza en virtud de los mecanismos jurídicos que hemos estudiado), éste debe prevalecer por sobre leyes de inferior jerarquía<sup>21</sup> y sólo puede ser modificado en conformidad a normas especiales propias del derecho internacional público. Esto nos lleva a responder parte de nuestra pregunta inicial y es que los tratados internacionales deben aplicarse en Chile pues son

control de constitucionalidad de tratados internacionales". En: *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 5 (1), pp. 59-88.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>16</sup> TRONCOSO, Claudio. "Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009". En: Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, año 2008, pp. 149-157.

<sup>17</sup> Esta conclusión emana de las actas de la reforma constitucional en: PFEFFER, Emilio. *Reformas constitucionales 2005*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 287.

<sup>18</sup> Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 193.

<sup>19</sup> NASH, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*. Editorial Fontamara, México, 2010, p. 187.

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 25 de agosto de 2009, Rol 1288-2009.

<sup>21</sup> Desde 1952 es una cuestión aceptada pacíficamente por la Corte Suprema el carácter suprallegal de los tratados internacionales, en: BENADAVA, Santiago. "Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos", *op. cit.*

parte de nuestro ordenamiento jurídico y se les ha asignado un lugar preeminente en nuestra estructura normativa. En el siguiente apartado veremos más específicamente las normas de tratados internacionales que consagran derechos humanos, con el objeto de determinar qué rango ocupan en nuestra pirámide normativa y las consecuencias prácticas que ello trae para la protección de los derechos fundamentales en Chile.

## **2.2 La jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales: análisis del artículo 5.2 Constitución Política**

Cuando hacemos referencia a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, se busca responder a la interrogante acerca de cuál es la posición que éstos ocupan en la pirámide normativa. Dicha cuestión es solucionada a nivel de derecho nacional y es la Constitución de cada Estado la que resuelve normalmente estas interrogantes; en caso de no ser resuelta normativamente, la jurisprudencia debe hacerlo. Esta cuestión jerárquica es relevante tanto por la coherencia del sistema normativo, como por la cuestión de preeminencia ya que son las reglas técnicas de jerarquía las llamadas a resolver los conflictos entre normas, mediante las reglas de subsunción y, en particular, resuelven conflictos entre normas de distinto rango, dándole prioridad a aquellas de rango superior<sup>22</sup>.

En general, la recepción de los tratados de derechos humanos no tiene problemas diferentes de los de la recepción del resto de los tratados. Sin embargo, cuando nos enfrentamos ante la problemática de la jerarquía, existen diferencias de tratamiento en el ordenamiento jurídico chileno ante tratados de derechos humanos. Para el objeto de nuestro estudio, tiene una importancia fundamental entender cuál es la jerarquía que ocupan los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, a efectos de comprender la interacción de protección que gozan los derechos fundamentales en Chile. La respuesta a esta interrogante la encontramos en el análisis del reformado artículo 5º de la Constitución Política.

### ***2.2.1 Origen de la discusión en Chile***

En Chile, la discusión referida a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales se ha planteado fundamentalmente a partir de la reforma a la Constitución de 1989.

La Constitución Política en su versión original de 1980 establecía en su artículo 5º, “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. El año 1989 fue reformada y se agregó un segundo inciso que dispuso: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

---

<sup>22</sup> DULITZKY, Ariel. “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, op. cit, p. 133.

### 2.2.2 Principales discusiones a partir de la reforma

La entrada en vigencia de la enmienda constitucional trajo consigo divergencias de opinión respecto a la interpretación de la jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. En este sentido, se debe hacer una aclaración previa y es que lo que debe discutirse no es el rango de los tratados propiamente tales, sino que el rango de las normas que consagran derechos humanos, incluyéndose en ellas no solamente las que los formulan, sino todas aquellas que regulan su alcance o contenido<sup>23</sup>. Por tanto, es importante tener claro que las conclusiones que planteemos en torno a la jerarquía se aplican tanto a tratados cuyo objeto principal sea la regulación de dichos derechos, como a todos los derechos humanos consagrados en cualquier tipo de tratado. Esto se sostiene bajo la consideración de que el sentido de la norma es inequívoco, al hablar de “tratados internacionales” sin hacer distinción alguna, considerando además que lo que se busca con la enmienda –como veremos– es reforzar la protección de los derechos fundamentales. La posición de los órganos de supervisión del sistema interamericano también apoya esta conclusión<sup>24</sup>.

De esta forma, la discusión se ha centrado en si estos derechos tienen una jerarquía legal, suprallegal, constitucional o supraconstitucional. En Chile, es una cuestión aceptada pacíficamente por la jurisprudencia que los tratados internacionales tienen una jerarquía suprallegal<sup>25</sup>. Sin embargo, han existido diferencias importantes entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y lo asentado por el Tribunal Constitucional respecto a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales<sup>26</sup>. Mientras la primera ha sostenido el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, basada en la incorporación automática de los derechos fundamentales a la Carta Constitucional tras la reforma de 1989<sup>27</sup>; el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> NASH, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*, op. cit, p. 188.

<sup>24</sup> Corte IDH. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 52.

<sup>25</sup> Un completo análisis de este punto, en particular del enfoque jurisprudencial, en BENADAVA, Santiago, op. cit, pp. 9-59.

<sup>26</sup> 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”. En: *Revista de Estudios Constitucionales*, año 6 (2), Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, 2008, pp. 73-119.

<sup>27</sup> Corte Suprema de Chile. “Caso Sandoval”. Sentencia 17 de noviembre de 2004, Rol 517-2004; “Caso Vásquez y otros”; Sentencia de 13 de diciembre de 2006, Rol 559-2004; “Caso Rojas”. Sentencia de 13 de marzo de 2007, Rol 3125-04, considerando 35; “Caso Rojo Espinoza”. Sentencia de 18 de junio de 2008, Rol 2054-08, considerando 1; “Caso Zapata Reyes”. Sentencia de 10 de mayo de 2007, Rol 3452-06, considerando 66; “Caso Gómez Aguilar”. Sentencia de 24 de enero de 2008, Rol 1528-06, considerando 37.

<sup>28</sup> En este sentido: Ver la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con motivo de la aprobación del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional, Sentencia de 8 de abril de 2002, Rol No. 346. Esto se reafirma en la sentencia de 9 de agosto de 2009, Rol No. 1288, en donde el Tribunal Constitucional somete a los tratados internacionales a un control represivo de constitucionalidad.

Lo sostenido por el Tribunal Constitucional se ha basado en el precitado artículo 50.1 de la Constitución, para señalar que la incorporación automática a la Constitución de los derechos humanos consagrados en tratados conllevaría una posible reforma de la Constitución por un procedimiento diferente y menos oneroso que el que ésta prevé. Sin embargo, esta posición no tiene una base sólida de sustento positivo, sino que se funda sólo sobre la idea de que la Constitución debe necesariamente enmendarse por medio de un solo procedimiento. No es difícil rebatirla teniendo presente que no existe un dogma que establezca que las constituciones deben tener un determinado procedimiento de enmienda o que impida que una Constitución tenga para ello procedimientos diferentes, atendido el carácter o naturaleza de lo que se quiere modificar. En este caso, existen razones poderosas para sostener que es explicable que una Constitución disponga un procedimiento de enmienda diferente cuando ella se refiere a la incorporación de nuevos derechos humanos o a una ampliación de derechos humanos ya existentes. Si hay acuerdo de la comunidad internacional del Presidente de la República y del Congreso para incorporar nuevos derechos humanos, no parece que el Estado corra peligro alguno en adicionarlos a la Constitución con un procedimiento que sea más flexible que aquel que se utiliza para el resto de las normas constitucionales<sup>29</sup>.

A continuación veremos las razones por las cuales sostenemos que los derechos humanos consagrados en tratados internacionales gozan de jerarquía constitucional.

### ***2.2.3 La jerarquía de los derechos humanos es de carácter constitucional***

Para poder entender el sentido de la reforma constitucional, que nos lleva a afirmar la jerarquía constitucional de los derechos fundamentales, debemos analizar el contexto en que se produce la enmienda constitucional<sup>30</sup>.

En primer lugar, hay que recordar que las reformas a la Constitución fueron propuestas después de haber existido en Chile, durante 17 años, un régimen de gobierno autoritario en el cual los derechos humanos fueron violados de manera masiva y sistemática. Los partidos de oposición al régimen de entonces habían tenido como una bandera de lucha la defensa de los derechos humanos y se habían percatado de la necesidad imperiosa de que existiera un sistema internacional que protegiera los derechos humanos cuando el Estado los violaba o se negaba a protegerlos. Por otra parte, Chile se preparaba para el término del gobierno militar y el inicio de una transición a la democracia, con autoridades elegidas por sufragio universal y sujetas al imperio de la ley. En este contexto, uno de los objetivos compartidos por la sociedad chilena era asegurar de la mejor manera posible un sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para una futura democracia estable<sup>31</sup>. Por consiguiente, es evidente

<sup>29</sup> NOGUEIRA, Humberto. "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno". En: *Revista chilena de derecho*, Universidad Católica de Chile, 23 (2), 1996, pp. 341-380.

<sup>30</sup> Este análisis de puede encontrar en: NASH, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales...* op. cit.

<sup>31</sup> En un documento preparado por una comisión técnica se afirma que "la reforma propuesta persigue robustecer las garantías constitucionales y la vigencia de los derechos humanos" y para ello se proponen enmiendas, entre otros artículos, al artículo 5° de la Constitución de 1980, explicándose esta enmienda como un refuerzo del deber de los órganos del Estado de respetar los derechos constitucionales y los declarados por normas internacionales que comprometen al país. La redacción de la enmienda

que la enmienda que se examina en el texto es producto de las negociaciones entre los sectores políticos y tuvo por objeto mejorar la posición de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico de Chile.

En segundo lugar, hay que tener presente que, antes de dicha enmienda, existían ya en la Constitución normas para la defensa de estos derechos<sup>32</sup>. Una reforma que intentara reforzar la protección de estos derechos tendría que ser necesariamente más amplia que el texto original que se reformaba.

En tercer lugar, hay que considerar que la consagración y protección de los derechos humanos no es resultado exclusivamente de un sentir nacional, sino que responde también a un movimiento internacional, del cual Chile, y particularmente los proponentes de la enmienda y aquéllos a los que les fue propuesta, estaban perfectamente conscientes y del que se encontraban dispuestos a participar<sup>33</sup>.

Además, si se examina atentamente la Constitución de 1980 original –aún sin la enmienda reseñada–, a la luz de lo señalado en los párrafos anteriores, se llega a la conclusión de que “*los derechos esenciales de la naturaleza humana*” son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía y, por lo tanto, gozan de esa jerarquía desde que entró en vigencia dicha Constitución. Además, del propio texto del artículo 5.2 puede concluirse que los derechos humanos consagrados en tratados de los cuales Chile es parte son derechos esenciales de la persona humana, ya que la Constitución se refiere a los derechos consagrados en los tratados como “tales derechos” (en clara alusión a la primera oración del inciso 2).

Está claro que, en estricto derecho, no se necesitaba reforma alguna para asignar a los derechos humanos, o esenciales de la naturaleza humana, la jerarquía constitucional. La enmienda obedeció a la desconfianza de muchos sectores del país respecto del modo en como se aplicaría la Constitución en el futuro. Por tanto, la enmienda al inciso segundo del artículo 5° reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile en todo su acervo: catálogo de derechos con su acervo jurisprudencial, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga efectivo el pleno goce y ejercicio de los mismos.

Otro argumento para sustentar la conclusión anterior está en el hecho de que las fuentes de derecho internacional eran ya válidas en Chile y se las consideraba –por lo menos– en una categoría superior que la ley, por lo que un fortalecimiento del régimen de regulación de los derechos humanos sólo podía tener por objetivo elevar la jerarquía de los derechos humanos.

---

constitucional propuesta fue más amplia que la aprobada. En efecto, no hubo consentimiento por parte del gobierno del General Pinochet para incluir en el artículo 5° todas las normas internacionales que consagran o garantizan derechos humanos, sino solamente las normas contenidas en tratados. No hay documentación sobre la razón de este cambio. En: NASH, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*, op. cit.

<sup>32</sup> Ver artículos 1°, 5, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de la República.

<sup>33</sup> MEDINA, Cecilia. *Constitución, tratados y derechos esenciales. Introducción y selección de textos*. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994.

Por último, cabe señalar que hablar en este caso de supraconstitucionalidad es una posibilidad legítima, tal como lo ha señalado la Corte Suprema<sup>34</sup>, ya que los derechos humanos entendidos por la propia Constitución como un límite a la soberanía del Estado podrían ser considerados jerárquicamente superiores a la misma Constitución<sup>35</sup>. Sin embargo, nos parece que la coherencia del sistema apunta a la constitucionalidad y no a una supraconstitucionalidad de los derechos humanos, dados los cuestionamientos que puede generar la utilización de esta figura, para una comprensión integral del sistema constitucional-nacional.

Aun cuando no vamos a profundizar en esta materia, cabe señalar que se han planteado críticas a la visión de supraconstitucionalidad en orden a las dificultades de su control desde la perspectiva de un sistema nacional soberano y, por otra parte, respecto a la indeterminación jurídica que puede surgir en el ámbito nacional al concebir un sistema supraconstitucional independiente de las normas constitucionales<sup>36</sup>. Parece relevante enfatizar en que las normas de DIDH han sido incorporadas al sistema nacional a través de la ratificación de los tratados internacionales sobre la materia, por ende, todos los derechos humanos consagrados en la Constitución o en los tratados internacionales deben ser considerados de rango constitucional, sin ser necesario que ello implique llamarlos "supraconstitucionales". Evidentemente es un tema en discusión, sobre el cual hay mucho que desarrollar aún.

### 2.3 Consecuencias de la recepción del DIDH en Chile

En el presente apartado pretendemos resolver la interrogante acerca de cuáles son los efectos de que los tratados internacionales deban aplicarse en Chile y que los derechos humanos contenidos en ellos tengan un valor preeminente. Como vimos, en

<sup>34</sup> "[...]Esta construcción determinó que esta Corte Suprema haya expresado en innumerables fallos que "de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos" (Revista Fallos del Mes N° 446, enero de 1996, sección criminal, fallo 1, considerando cuarto, página 2066), construcción supraconstitucional que importa incluso reconocer que los derechos humanos están por sobre la Constitución Política de la República, entre ellos los que se encuentren en tratados internacionales, no por estar dichos derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales, los que siempre tendrán rango legal y deberán ser aprobados por el quórum respectivo, sino por referirse a derechos esenciales, en lo cual existe concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional. [...]". Corte Suprema. "Caso López López". Sentencia de 14 de octubre de 2009, Rol 5570, 2007, considerando N° 10. En el mismo sentido las recientes sentencias: Corte Suprema. "Caso Claudio Francisco Thauby Pacheco y otros". Sentencia 3 de octubre de 2006, Rol 2707-2006, considerando 13; y, Corte Suprema. "Caso Ana Luisa del Carmen Rojas Castañeda". Sentencia de fecha 14 de diciembre de 2010, rol N° 6458-2008, considerando N° 10.

<sup>35</sup> PACHECO, Máximo. "Supraconstitucionalidad de los derechos fundamentales. En, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20, Santiago, 1993, pp. 897-899.

<sup>36</sup> FAVOREU, Louis. "El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y en Europa" (Trad. Jérôme Tremeau, Ángel Sánchez y María Torres). En, *Problemas actuales del Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, pp. 107-116.

nuestro país el artículo 54 de la Constitución regula el procedimiento de incorporación de los tratados (como adquieren validez legal en nuestro ordenamiento jurídico) y el artículo 5.2 consagra el carácter constitucional de los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales. Lo anterior trae importantes consecuencias para el objeto de nuestro estudio que es la protección de los derechos fundamentales, pues una vez incorporados los tratados internacionales, se agregan al rango constitucional los derechos y obligaciones establecidos en dichos tratados, lo que hace imperativa su aplicación. A continuación veremos detalladamente dichas consecuencias, analizando el universo normativo que se incorpora a la legislación chilena, sus particularidades y las obligaciones que asume el Estado de Chile al momento de suscribir dichos acuerdos internacionales. Asimismo, estudiaremos la importancia del cumplimiento de dichas obligaciones para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado y los posibles conflictos que pueden derivarse ante una contradicción entre normas constitucionales y tratados de derechos humanos.

### **2.3.1 Sistema normativo internacional**

El progresivo desarrollo del DIDH otorga un amplio campo de regulación y protección para los derechos humanos en nuestro país, una vez ratificados los instrumentos internacionales que consagran normas de este tipo. Por ello, es relevante poner en contexto el sistema normativo internacional de derechos humanos; entender las particularidades de los tratados de derechos humanos a la hora de hacer una aplicación práctica de éstos y determinar los alcances de sus obligaciones generales.

#### **a. Tratados internacionales ratificados por Chile y órganos de protección internacional**

El DIDH ha ido desarrollando tanto catálogos de derechos como mecanismos de control y protección. En este sentido, existe un complejo conjunto de normas, órganos y procedimientos destinado a dar efectividad a los compromisos internacionales de los Estados.

En cuanto a las normas, los sistemas normativos internacionales vinculados con derechos individuales se configuran de forma compleja y comprenden normas expresadas como principios y reglas, que, a su vez, han sido recogidas en catálogos contenidos en instrumentos internacionales. Dichos catálogos han reconocido los valores involucrados (normalmente en el preámbulo); las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos; los derechos y libertades garantizados (derechos de libertad, igualdad, participación, colectivos, etc.); criterios normativos para las restricciones de derechos y resolución de conflictos en caso de choque de derechos; normas relativas a la responsabilidad internacional del Estado; y parámetros sobre interpretación.

Asimismo, los instrumentos crean órganos para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán. En relación con los procedimientos, se han diseñado diversos sistemas de protección, dentro de los cuales destacan, por ser los más utilizados, los informes (ya sea de países o temáticos), observaciones generales (a través de las cuales los órganos entregan una guía a los Estados para interpretar las obligaciones del tratado) y procedimientos para el conocimiento de

casos individuales. Los órganos y procedimientos constituyen la base de los mecanismos de control y protección internacional.

Este conjunto de elementos, podemos considerarlos como la base del sistema internacional de derechos humanos y se ha desarrollado tanto a nivel universal (Sistema de Naciones Unidas) como a nivel regional (Sistema Europeo, Sistema Africano y Sistema Interamericano).

Chile es parte tanto del Sistema de Naciones Unidas como del Sistema Interamericano (SIDH) y ha ratificado numerosos instrumentos de ambos sistemas<sup>37</sup>. El Sistema de Naciones Unidas se consagra bajo el marco general de la Carta de la ONU de 1948 y ha desarrollado tratados generales como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) e instrumentos más específicos como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes. Asimismo, ha desarrollado órganos políticos (Consejo de Derechos Humanos) y órganos cuasi-judiciales a los cuales se les otorga competencia para conocer de casos individuales a través de la ratificación de Protocolos Facultativos, como el que crea el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (del cual nuestro país es parte).

Similares consideraciones se pueden plantear en cuanto al Sistema Interamericano<sup>38</sup>. Así, ha desarrollado instrumentos generales –como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)– y tratados más específicos, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Belém do Pará”. Este sistema contempla dos órganos relevantes: la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta última con carácter jurisdiccional a la cual Chile ha dado competencia contenciosa.

Por tanto, al acervo de normas de protección de derechos fundamentales nacional, se agrega un amplio espectro de normas de las cuales se puede hacer un uso integral para lograr una protección efectiva de los derechos en nuestro país, abriéndose también la posibilidad de hacer uso de la jurisdicción internacional.

A continuación se ilustran los principales derechos consagrados internacionalmente, algunos de los cuales se encuentran recogidos en nuestra Constitución también:

---

<sup>37</sup> Ver: Capítulo II.

<sup>38</sup> Ver: Capítulo III.

|   | Constitución Política  | Convención Americana de Derechos Humanos   | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos   | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
|---|--|--|---|---|
| <b>Derecho a la vida e integridad física</b>      | Art. 19 (1)<br>–Derecho a la vida<br>–Protección del que está por nacer<br>–Protección de la integridad física y psíquica<br>–Pena de muerte sólo por ley de quórum calificado | Art. 4,5.<br>–Derecho a la vida<br>–Excepcionalidad de la pena de muerte<br>–Protección de la integridad física, psíquica y moral<br>–Prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes | Art. 6,7<br>–Derecho a la vida es inherente a la persona humana.<br>–Excepcionalidad de la pena de muerte<br>–Prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes<br>–Prohibición de experimentos científicos o médicos sin consentimiento | –Sin regulación específica  |
| <b>Prohibición de la esclavitud y servidumbre</b> | Art. 19 (2)<br>–En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre   | Art. 6<br>–Prohibición absoluta de esclavitud, servidumbre y trata de hombres y mujeres<br>–Prohibición de trabajos forzados   | Art. 8<br>–Prohibición de esclavitud, servidumbre y trata de esclavos<br>–Prohibición de trabajos forzados  | –Sin regulación específica  |
| <b>Igualdad ante la ley</b>                       | Art. 19 (2)<br>–Igualdad entre hombres y mujeres<br>–Prohibición de diferencias arbitrarias  | Art. 24<br>– Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley   | Art. 26<br>–Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley   | –Sin regulación específica  |
| <b>Derechos políticos y de nacionalidad</b>       | Arts. 10 a 17<br>–Regulación de la nacionalidad<br>–Regulación de la ciudadanía<br>–Derecho a sufragio<br>–Derecho a ser elegido en cargos de elección popular                 | Art. 10, 23<br>– Derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra<br>–Derecho a sufragio y a ser elegido en elecciones con sufragio universal y voto secreto   | Art. 25<br>–Derecho a participar en los asuntos públicos<br>–Derecho a sufragio y a ser elegidos en elecciones por sufragio universal y secreto<br>–Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad   | –Sin regulación específica  |

|   | Constitución Política   | Convención Americana de Derechos Humanos   | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos   | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales |
|---|---|--|---|---|
| <b>Reconocimiento de la personalidad jurídica</b> | Art. 19 (15)<br>– Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en conformidad a la ley vigente   | Art. 3<br>–Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica   | Art. 16<br>–Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, en todo lugar  | –Sin regulación específica  |
| <b>Libertad personal y seguridad individual</b>   | Art. 19 (7), 21<br>–Libertad de circulación y residencia<br>–Prohibición de restricciones arbitrarias a la libertad<br>–Derecho de amparo   | Arts. 7, 22<br>–Prohibición de detención o prisión arbitraria<br>–Legalidad de la detención (información, revisión judicial de la detención)<br>–Derecho de amparo<br>–Proscripción de la prisión por deudas<br>–Derecho de circulación o residencia | Arts. 9,10,11,12<br>–Prohibición de detención o prisión arbitraria<br>–Legalidad de la detención (información, revisión judicial de la detención)<br>–Trato digno en la detención<br>–Prohibición de la prisión por incumplimiento contractual<br>–Libertad de circulación y elección de residencia | –Sin regulación específica  |
| <b>Garantías judiciales y debido proceso</b>      | Art. 19 (2) (7)<br>–Derecho a defensa jurídica<br>–Derecho a juez natural<br>–Presunción de inocencia<br>–Tipicidad penal<br>–Prohibición de autoincriminación<br>–Proceso racional y justo | Arts. 8, 25<br>–Derecho a ser oído<br>–Plazo razonable proceso<br>–Juez natural<br>–Presunción de inocencia<br>–Juzgamiento independiente e imparcial<br>–Derecho a defensa<br>–Derecho a un recurso judicial  | Art. 14<br>–Derecho a ser oído<br>–Derecho a ser juzgado por tribunal independiente e imparcial<br>–Juez natural<br>–Presunción de inocencia<br>–Publicidad del proceso<br>–Derecho a defensa<br>–Proceso sin dilaciones indebidas  | –Sin regulación específica  |

|  | Constitución Política  | Convención Americana de Derechos Humanos   | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos   | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales  |
|--|--|--|---|--|
| <b>Libertad de conciencia y religión</b> | Art. 19 (6)<br>–Libertad de conciencia y religión<br>–Manifestación libre de cultos y creencias        | Art. 12<br>–Libertad de conciencia y religión<br>–Manifestación libre de cultos y creencias  | Art. 18<br>– Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión<br>–Libertad de manifestar la propia religión   | –Sin regulación específica   |
| <b>Libertad de expresión</b>             | Art. 19 (12)<br>–Libertad de emitir opinión<br>–Libertad de informar<br>–Prohibición de censura previa | Art. 13<br>–Libertad de pensamiento y expresión<br>–Prohibición de censura<br>–Causales para la limitación de la libertad de expresión | Art. 19<br>–Nadie puede ser molestado por sus opiniones<br>–La libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole<br>–Causales para la limitación de la libertad de expresión | –Sin regulación específica   |
| <b>Protección de la familia</b>          | Art. 1°<br>–Protección de la familia y su fortalecimiento por parte del Estado.                        | Art. 17<br>–Protección de la familia por la sociedad y el Estado<br>–Derecho a contraer matrimonio                                     | Art. 23<br>–Protección de la familia por la sociedad y el Estado<br>–Derecho a contraer matrimonio  | Art. 10<br>–Otorgar a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución<br>–Protección a la madre embarazada |
| <b>Derecho al nombre</b>                 | –Sin regulación específica   | Art. 18<br>–Derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos  | Art. 24<br>–Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre  | –Sin regulación específica   |

|   | Constitución Política  | Convención Americana de Derechos Humanos   | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos  | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales                                    |
|---|--|--|--|--|
| <b>Derecho de propiedad</b>                       | Art. 19 (23) (24)<br>–Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes<br>–Derecho de propiedad en sus diversas especies<br>–Regulación expropiación  | Art. 21<br>–Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes<br>–Regulación de la expropiación   | –Sin regulación específica   | –Sin regulación específica   |
| <b>Protección de la honra y dignidad</b>          | Art. 19 (4)<br>–El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia  | Art. 11<br>–Respeto de la honra y reconocimiento de la dignidad  | Art. 17<br>–Nadie puede ser objeto de ataques ilegales a su honra y reputación.  | –Sin regulación específica   |
| <b>Libertad de asociación y derecho a reunión</b> | Art. 19 (13)<br>–Derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas<br>–Derecho de asociarse sin permiso previo<br>–Regulación partidos políticos | Art. 15<br>–Derecho de reunión pacífica y sin armas<br>–Límites legítimos al derecho de reunión<br>–Libertad de asociación con fines de cualquier índole<br>–Límites legítimos a la libertad de asociación | Arts. 21,22<br>–Derecho de reunión pacífica<br>–Límites legítimos al derecho de reunión<br>–Libertad de asociación<br>–Límites legítimos a la libertad de asociación | –Sin regulación específica (salvo, derecho de sindicación)   |
| <b>Protección de la salud</b>                     | Art. 19 (9)<br>–Derecho a la protección de la salud<br>–Libertad elección sistema de salud   | Art. 26<br>–Desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales  | –Sin regulación específica   | Art. 12<br>–Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. |
| <b>Medio ambiente</b>                             | Art. 19 (8)<br>–Derecho a un medio ambiente libre de contaminación   | –Sin regulación específica   | –Sin regulación específica   | Art. 12<br>–Óptimas condiciones en el medio ambiente para el trabajo                                 |

|                                      | Constitución Política  | Convención Americana de Derechos Humanos  | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos | Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales   |
|--------------------------------------|--|---|---|---|
| <b>Derecho a la educación</b>        | Art. 19 (11)<br>–Obligación del Estado de proveer educación primaria y secundaria<br>–Libertad de enseñanza  | Art. 26<br>–Desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales | –Sin regulación específica                          | Arts. 13,14<br>–Derecho de toda persona a la educación<br>–Educación primaria obligatoria y secundaria y superior accesible y generalizada. |
| <b>Derecho a la seguridad social</b> | Art. 19 (18)<br>–Acción del Estado dirigida a garantizar el goce de prestaciones básicas uniformes.  | Art. 26<br>–Desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales | –Sin regulación específica                          | Art. 9<br>–Derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social  |
| <b>Derechos laborales</b>            | Art. 19 (16)<br>–Derecho a la libre contratación y libre elección del trabajo con justa retribución.<br>–Derecho a huelga y negociación colectiva<br>–Libertad de asociación en sindicatos | Art. 26<br>–Desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales | Art. 22<br>–Libertad de formar sindicatos           | Art. 6, 8<br>–Derecho a trabajar<br>–Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias<br>–Libertad de formar sindicatos                  |

**b. Particularidades de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos**

Tradicionalmente, los tratados internacionales han sido conceptualizados como “un acuerdo celebrado entre dos o más Estados, regidos por el derecho internacional y destinados a producir efectos jurídicos”<sup>39</sup>. Los tratados de derechos humanos forman parte de esta categoría general, pero tienen ciertas particularidades que los distinguen de los tratados tradicionales.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado este carácter particular:

<sup>39</sup> BENADAVA, Santiago. *Derecho internacional público*. Quinta edición, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1999, p. 21.

“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados Contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”<sup>40</sup>.

En definitiva, en los tratados de derechos humanos no puede considerarse que su objeto y fin sea equilibrar recíprocamente los intereses entre los Estados, sino que persiguen el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por beneficiario a los Estados, sino a los individuos. Esta interpretación de los tratados de derechos humanos trae importantes consecuencias: el incumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos de un Estado, no da a los otros Estados Partes del tratado derecho para denunciarlo o terminarlo<sup>41</sup>, puesto que las obligaciones se establecen en beneficio de las personas y no de los Estados. En virtud de lo anterior, las reservas a las obligaciones convencionales se encuentran limitadas y restringidas<sup>42</sup>. Así, las actuaciones de los Estados quedan sujetas a un control internacional, cual es, el de los órganos creados por los propios instrumentos internacionales.

La naturaleza particular de los tratados en materia de derechos humanos a que hemos hecho referencia, implica también que éstos se interpreten bajo ciertas reglas particulares, que son importantes de conocer para poder realizar una aplicación efectiva de ellos en el ordenamiento nacional. Dicha regulación se encuentra en las normas de interpretación de tratados internacionales, las que podemos encontrar en la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, que en su artículo 31 establece que:

“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Para estos efectos, el contexto de un tratado comprende:

- El texto, incluyendo el preámbulo y los anexos;
- Todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del mismo; y
- Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente a él.

Respecto de estas normas –referidas a tratados internacionales en general– la Corte IDH ha precisado cuál es su alcance respecto a los tratados que consagran normas de derechos humanos:

<sup>40</sup> Corte IDH. “El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29.

<sup>41</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrito el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980, artículo 60.5.

<sup>42</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 5, de fecha 31 julio 1981.

“La Convención de Viena contiene una regla que debe interpretarse como un todo. El sentido corriente de los términos, la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios confluyen de manera unida para desentrañar el significado de una determinada norma. Por otra parte, la Corte recalca que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona. En este sentido, el Tribunal, al enfrentar un caso como el presente, debe determinar cuál es la interpretación que se adecua de mejor manera al conjunto de las reglas y valores que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>43</sup>.

En este sentido, teniendo como base la interpretación en conformidad al objeto y fin de los tratados de derechos humanos, se han sistematizado ciertos criterios de interpretación:

- *Interpretación pro persona*: Si consideramos que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, siendo éste la protección de los derechos humanos, puede concluirse que la interpretación debe ser siempre en favor del individuo. La Corte Interamericana vincula la especial naturaleza de los tratados sobre derechos humanos con la necesidad de una particular interpretación de los mismos, señalando “la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, a modo de asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos; lo que no sólo es aplicable para las normas sustantivas, sino que también para las normas procesales”<sup>44</sup>.
- *Interpretación dinámica*: La mención del objeto y fin del tratado como un elemento de interpretación confiere también a ésta un carácter dinámico, que se refleja en la amplitud del concepto “el contexto del tratado”, ya que los instrumentos formulados “con motivo de la interpretación del tratado” son necesariamente posteriores a éste y, si se han adoptado por las mismas partes, pueden entenderse como una interpretación que éstas han dado al acuerdo primero. La Corte en el caso Campo Algodonero se refiere a la necesidad de realizar una interpretación teleológica que considere el principio del efecto útil: “[e]n una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección. En este sentido, tanto la interpretación sistemática como la teleológica están directamente relacionadas”<sup>45</sup>.
- *Interpretación integral*: Las diversas fuentes del Derecho Internacional se influyen recíprocamente. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones

<sup>43</sup> Corte IDH. “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 33.

<sup>44</sup> Corte IDH. “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”. Sentencia de 7 de marzo de 2005, párr. 105.

<sup>45</sup> Corte IDH. “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 59.

internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible aplicar un tratado con desconocimiento de los principios generales de derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o lo complementa, como tampoco es factible ignorar las otras fuentes de derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo. Ha señalado la Corte, en el caso Campo Algodonero, la necesidad de una interpretación sistemática: “[l]a Corte resalta que, según el argumento sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen”<sup>46</sup>.

### 2.3.2 Las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos

La incorporación de todo el acervo normativo a que hemos hecho referencia tiene como principal consecuencia el surgimiento de importantes obligaciones para el Estado de Chile en materia de derechos humanos. Esto se explica, porque el artículo 6° de la Constitución Política obliga a todos los órganos del Estado a adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, dentro de las cuales se encuentran no sólo las normas del artículo 19 (que contempla el catálogo de derechos constitucionales), sino también las normas internacionales en materia de derechos humanos (como hemos visto que se desprende del artículo 5.2). Por tanto, una necesaria consecuencia de la recepción del DIDH en el derecho nacional, es que todos los órganos del Estado están obligados a actuar en conformidad al mandato de dichas normas. Además, a partir de lo dispuesto en el artículo 1° (incisos 1 y 4), en relación con las normas de los artículos 5° y 6° de la Constitución, se puede extraer la obligatoriedad de las normas internacionales.

Como es propio del derecho internacional, los Estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe, es decir, con la voluntad real y cierta de hacerlos efectivos<sup>47</sup>. Este deber de cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de los derechos humanos adquiere ciertas características particulares, toda vez que el objeto de las obligaciones internacionales en esta materia no es la regulación de intereses recíprocos entre Estados, sino la protección de los derechos individuales. De ahí que la obligación de cumplimiento de buena fe adquiera especial relevancia en materia de derechos humanos, tal como lo expresan los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina en este campo<sup>48</sup>. La obligación de cumplimiento en materia de derechos humanos se manifiesta a través de tres obligaciones principales: la obligación de respeto, la obligación de garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, cualquiera sea el tipo de documento en el que se consagre y, por último, el respeto del principio de igualdad y no discriminación respecto de cada derecho.

Como aclaración previa, es importante tener presente que estas obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación deberán estar presentes en cada derecho o

<sup>46</sup> Ibídem, párr. 43.

<sup>47</sup> Este principio de derecho internacional emana de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26. Ver también: BENADAVA, Santiago, op. cit. p. 164.

<sup>48</sup> Completos estudios en este campo se pueden encontrar en: ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta, Madrid-España, 2004; NOWAK, Manfred. *Introduction to the International Human Rights Regime*. Martinus Nijhoff, Oxford, 2003.

libertad consagrada internacionalmente. Éstas no son obligaciones autónomas, sino que se aplican respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrado en los instrumentos internacionales en casos concretos y respecto de titulares de derechos determinados, lo que exige un esfuerzo hermenéutico en cada caso para determinar el contenido y alcance de estos derechos particulares a la luz de las obligaciones generales.

A continuación analizaremos en detalle cada una de estas obligaciones y la importancia que tiene para el Estado darles cumplimiento.

#### a. Respeto

La obligación de respeto consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. El contenido de la obligación estará definido, en consecuencia, a partir del mandato normativo del derecho o libertad concreto. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas (implican una actividad de prestación) y/o negativas (implican una actividad de abstención) y estarán determinadas por cada derecho o libertad.

Para el cumplimiento de las obligaciones con un fuerte contenido prestacional, es necesario que el Estado adopte medidas efectivas para su realización, lo que implica en ciertos casos la adopción de políticas públicas. La consagración de un sistema de justicia basado en las garantías judiciales mínimas de un debido proceso, es un buen ejemplo de medidas con un fuerte compromiso prestacional que el Estado debe realizar. Chile ha dado ejemplo de esto con importantes reformas procesales a fin de adecuar sus procedimientos a los compromisos internacionales.

En estos casos, las medidas que adopte el Estado deben cumplir ciertos requisitos mínimos: deben tender progresivamente a la plena realización del derecho y se restringe severamente la posibilidad de adoptar medidas de carácter regresivo<sup>49</sup>. De este modo, respecto de obligaciones que importan una fuerte carga prestacional es justificable que el Estado no esté obligado a cumplir plenamente con el mandato normativo iusfundamental, pero debe existir un desarrollo progresivo. Por otra parte, la progresividad también comprende la obligación de justificar la imposibilidad de cumplimiento y asegurar el proceso de consecución del fin propuesto. En efecto, lo que está en juego en estos casos es, precisamente, un derecho subjetivo, por tanto, si no es posible cumplir con tal derecho será necesario satisfacer un cierto test mínimo de razonabilidad que se satisface dando respuesta a las siguientes preguntas:

- ¿Qué medidas está tomando el Estado para cumplir con la obligación adquirida internacionalmente?
- ¿Las medidas adoptadas son las adecuadas para la obtención del fin perseguido?
- ¿Se han establecido etapas en un plan estatal para alcanzar el fin buscado?
- ¿Cuál es el mecanismo de control de las metas planteadas?, ¿se han diseñado e implementado mecanismos políticos y/o judiciales de control?

---

<sup>49</sup> Ver, ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, op. cit.

Como existe un test de razonabilidad que sirve de parámetro para medir el cumplimiento de las obligaciones del Estado, la obligación de respeto en los casos de derechos prestacionales podrá ser objeto de control, tanto nacional como internacional. Además, en todo evento, el sistema de control deberá prestar especial atención al hecho de que las medidas de progresividad no sean aplicadas en forma discriminatoria.

#### b. Garantía

La obligación de garantía, por su parte, se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que las personas sujetas a su jurisdicción ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), cualquiera sea su contenido normativo<sup>50</sup>.

Esta es una obligación complementaria a la de respetar, ya que no sólo implica el cumplimiento estricto del mandato normativo que establece cada derecho, sino una obligación positiva de crear condiciones institucionales, organizativas y procedimentales para que las personas puedan gozar y ejercer plenamente los derechos y las libertades consagrados internacionalmente.

La obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos implica siempre la adopción de medidas positivas. Podemos distinguir las siguientes formas de cumplimiento de la obligación de garantía: a) la obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos; b) el deber de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos; c) adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos; d) reparar a las víctimas; y, e) cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control<sup>51</sup>.

##### b.1 La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos

Las medidas para asegurar el goce y ejercicio de los derechos son medidas positivas que pueden ser generales o especiales. Las medidas generales están dirigidas a toda la población y dicen relación con la obligación de asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno. Consisten, entre otras, en legislar internamente para remover los obstáculos normativos que puedan existir en la legislación nacional, dictar leyes que permitan dicho goce y ejercicio, y establecer los procedimientos y recursos necesarios para reclamar el cumplimiento de estas obligaciones. En caso de que existan elementos

---

<sup>50</sup> Al respecto, la Corte ha señalado desde su primera sentencia contenciosa que "Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". Corte IDH. "*Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*". Sentencia de 28 de julio de 1988, párr. 166.

<sup>51</sup> Para mayor profundización del contenido de la obligación de garantía, Ver: NASH, Claudio. *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*. Editorial Porrúa, México, 2009, pp. 29 y ss.

culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción. De la misma forma, deberán adoptarse las medidas internas para la difusión de los derechos y su conocimiento por parte de los agentes del Estado y de la ciudadanía.

Las medidas especiales deben adoptarse a objeto de no incurrir en responsabilidad internacional. Estas consisten en deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección de determinados sujetos de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentra, como extrema pobreza, marginación y niñez (veremos con mayor detalle en qué consisten éstas en el punto d)<sup>52</sup>.

#### ***b.2 Deber de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos***

El Estado tiene la obligación de amparar a las personas frente a la amenaza de sus derechos, ya sea por agentes del Estado o por privados. En este sentido, el Estado deberá adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. Para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas deberá estarse ante una amenaza seria del derecho y la medida de protección deberá ser proporcional a la amenaza sufrida por el titular del derecho. Finalmente, la obligación de protección no se cumple sólo con la adopción de medidas genéricas, sino que con medidas particulares que miren la concreta situación del titular de derechos.

#### ***b.3 Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos***

En el ámbito de la reacción frente a violaciones de derechos humanos, el Estado, a fin de garantizar el derecho de la víctima y prevenir su repetición respecto de toda la sociedad, deberá adoptar medidas en el ámbito interno. En caso de que se produzcan violaciones graves de derechos humanos (tortura, desaparición forzada y otras que caigan dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad), estos hechos deben ser efectivamente investigados y los responsables deben ser sancionados de acuerdo con la normativa nacional, de forma tal de evitar la sensación de impunidad<sup>53</sup>.

#### ***b.4 Reparar a las víctimas***

Como medida final, en todo caso de violación de derechos humanos, el Estado deberá reparar a las víctimas de acuerdo con los estándares que al efecto se han establecido en el DIDH: restitución, satisfacción, compensación y garantías de no repetición<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Corte IDH. "Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia". Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 117; Ver también, DAVID, Valeska y NASH, Claudio. "Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos". En: NASH, Claudio y MUJICA, Ignacio. *Derechos humanos y juicio justo*. Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, Lima, 2010, pp. 159-186.

<sup>53</sup> Un ejemplo de cómo la Corte IDH ha obligado a los Estados a tomar este tipo de medidas: Corte IDH. "Caso Almonacid Arellano vs. Chile". Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

<sup>54</sup> Para una visión más profunda del tema, Ver: NASH, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Segunda edición, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2009.

### b.5 *Obligación de cooperar*

Además de las obligaciones analizadas, existe un quinto elemento de la obligación de garantía, que es la de cooperar con los órganos internacionales que controlan a los Estados. Esta obligación deriva, de manera general, de su calidad de partes del tratado respectivo y de la existencia del principio de derecho internacional que obliga a los Estados a cumplir los tratados de buena fe. Esta obligación se encuentra consagrada específicamente en la CADH. En efecto, el artículo 41.d<sup>55</sup> de la CADH confiere a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la facultad de solicitar de los Estados miembros de la OEA que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos y el artículo 48 regula el procedimiento de las comunicaciones individuales ante la CIDH, disponiendo que el Estado deberá enviar las informaciones que le solicite la Comisión dentro de un plazo razonable y que, en caso de que la Comisión decida realizar una investigación, “los Estados interesados le proporcionarán todas las facilidades necesarias”. Asimismo, el reglamento de la Corte IDH dispone en su artículo 26 que los Estados partes en un caso “tienen el deber de cooperar” para que se cumplan todas las diligencias ordenadas por ella.

Esta faceta de la obligación de cooperar es, pues, clara e implica proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en el Estado o respecto de un hecho particular del que el órgano internacional esté conociendo. En esta materia, la posición constante de los órganos de supervisión es que son los Estados los únicos que están en condiciones de proveerlos con los datos necesarios para que ellos puedan evaluar si cumplen o infringen las normas internacionales<sup>56</sup>.

Pero la obligación de cooperar no se agota en la producción y entrega de información, sino que en colaborar para que los órganos de la Convención puedan cumplir adecuadamente con sus funciones. De esta forma, son los propios Estados –Chile dentro de ellos– los que diseñan a través de distintos instrumentos la forma en que se desarrolla el control internacional de derechos humanos en el marco de la OEA, fijan objetivos generales en la Carta de la Organización, establecen mecanismos y procedimientos específicos en la CADH y otros instrumentos específicos sobre la materia e incluso detallan, a través de la dictación de los estatutos de cada órgano, la forma en que los órganos del sistema ejercen

<sup>55</sup> Artículo 41.d CADH: “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: [...] d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos”.

<sup>56</sup> El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, ha decidido en innumerables casos de violaciones individuales conocidos en virtud de la competencia que le otorga el Protocolo Facultativo del Pacto, que el Estado no cumple con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos si sólo refuta una denuncia en términos generales, no proporcionando información específica al Comité, en la forma de “respuestas concretas y pruebas pertinentes” respecto de las medidas que ha adoptado para investigar la violación denunciada. Ver: Comité de Derechos Humanos. “Caso Santillo vs. Uruguay”. Comunicación No. 9/1977, dictamen de 26 de octubre de 1979, y Comité de Derechos Humanos. “Caso García Lanza, Weismann de Lanza y Lanza Perdomo vs. Uruguay”, Comunicación No. 8/1977, dictamen de 3 de abril de 1980. En: Comité de Derechos Humanos. Selección de Decisiones Adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo (2.º 16.º períodos de sesiones), párrs. 7 y 10; y, respectivamente, párr. 15

sus funciones. Además, el SIDH contempla que los órganos de protección de derechos humanos regulen la forma en que se cumplirán sus funciones a través de los reglamentos que sistematizan el detalle institucional y procedimental. Es decir, estamos ante un sistema unitario y coherente de normas relativas al pleno cumplimiento de las funciones asignadas a los órganos del sistema que obligan a los Estados y, por tanto, éstos deben actuar de buena fe y cooperar para que dicho sistema se desarrolle adecuadamente y pueda cumplir con sus fines específicos.

### c. No discriminación

Finalmente, uno de los pilares del DIDH es el principio de igualdad y no discriminación. Esta obligación ha sido destacada por la jurisprudencia internacional como un principio del DIDH e, incluso, para la Corte IDH, sería una norma perentoria o *ius cogens*<sup>57</sup>, que por su relevancia práctica la CADH la recoge como una de las obligaciones generales del Estado, aplicable a cada derecho y libertad convencional.

Para que exista discriminación, la acción estatal deberá consistir en una distinción, exclusión, restricción o preferencia, lo que implica necesariamente un elemento comparativo. Esto es, para que exista una acción discriminatoria debe haber otra persona o grupo puestos en la situación de ser tratada por el Estado en forma similar o diferente<sup>58</sup>. El Estado incurrirá en una discriminación no solo cuando en forma directa e inmediata sus agentes actúen, ya sea que dicha acción provenga de cualquiera de los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo o Judicial) en cualquiera de sus niveles funcionarios, sino que también en aquellos casos en que en forma indirecta lo permitan, o bien, por medio de la omisión de proteger y garantizar un determinado derecho respecto de una persona o grupo, incurran en un acto discriminatorio. En este sentido, el Estado deberá prohibir y sancionar todas las acciones discriminatorias que puedan darse en las relaciones particulares, evitando que se proclamen acciones discriminatorias e ideas que las alienten, entre otras<sup>59</sup>. La Corte IDH en el reciente caso *Atala e hijas vs. Chile* precisa el contenido de esta obligación para el Estado, recalcando que existe un deber especial de protección en la prevención de situaciones discriminatorias:

“Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Corte IDH. “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

<sup>58</sup> BAYEFISKY, Anne. “The principle of equality or non-discrimination in international law” En: *Human Rights Law Journal*, 11 (1), 1990, pp. 1-34.

<sup>59</sup> Un análisis en profundidad del principio de igualdad y no discriminación: DAVID, Valeska y NASH, Claudio. “*Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos*”, op. cit.

<sup>60</sup> Corte IDH. “*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*”. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 80.

d. **La importancia de cumplir con los compromisos: la responsabilidad internacional del Estado**

Para poder entender la importancia de cumplir las obligaciones que emanan de los instrumentos internacionales, se debe hacer referencia a la responsabilidad internacional del Estado. El concepto de "responsabilidad" no es novedoso desde la perspectiva de la doctrina tradicional *iusprivatista*, donde está la idea de que ser responsables "es soportar o sufrir las consecuencias de un acto"<sup>61</sup>, cuyo fundamento se encuentra en la convivencia social y en la consecuencia jurídica de la violación de una obligación anterior establecida para el sujeto responsable.

Estas nociones han sido trasladadas también al Derecho Internacional Público. Así, la Corte de La Haya ha señalado que "es un principio de derecho internacional (léase una concepción general del derecho) que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada"<sup>62</sup>, sosteniéndose que la responsabilidad es una "institución jurídica en virtud de la cual el Estado al cual le es imputable un acto ilícito según derecho internacional, debe reparación al Estado en contra el cual fue cometido ese acto"<sup>63</sup>. En el ámbito de los derechos humanos, se ha ido desarrollando una visión más amplia de la responsabilidad internacional del Estado, donde no existe una mirada sólo desde una relación interestatal, sino que los sujetos se complejizan.

Por una parte, se encuentra el Estado, con la obligación de respetar los derechos y libertades fundamentales consagradas internacionalmente; y, por otra, los individuos, con la posibilidad de exigir su cumplimiento, ya no como una mera concesión del Estado, sino como una obligación de éste. Se puede afirmar, incluso, que existe una relación triangular, donde se relacionan el Estado obligado, los individuos titulares de derechos y la comunidad internacional como garante del respeto a los derechos humanos. En este sentido, es importante señalar que las actuaciones de los Estados quedan sujetas a un control internacional, que, como hemos visto, es el de los órganos creados por los propios instrumentos internacionales.

En materia de derechos humanos, para que exista responsabilidad internacional del Estado deben concurrir dos elementos básicos:

- Existencia de un acto u omisión que viole una obligación internacional del Estado en materia de derechos humanos<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> DE ANGEL, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, p. 15.

<sup>62</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional. "Caso *Fábrica Chorzów*". Sentencia de 27 de julio de 1927, párr. 21.

<sup>63</sup> VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Quinta edición, Editorial Aguilar, Madrid, 1967, p. 297. Un desarrollo más extenso de la responsabilidad internacional en el Derecho Internacional Público, En: NASH, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, op. cit.

<sup>64</sup> La Corte IDH lo ha precisado en los siguientes términos: "Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado". Corte IDH. "Caso '*La Última Tentación de Cristo*' (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile". Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 72.

- Dicho acto de carácter ilícito le debe ser imputable al Estado de acuerdo a las reglas de imputación de responsabilidad del derecho internacional público.

Respecto del primer requisito, para saber cuándo nos encontramos ante una infracción, es necesario tener claridad sobre cuáles son las normas que obligan al Estado en el ámbito del DIDH. Como hemos visto en los apartados anteriores, éstas son todas aquellas que le pueden ser exigibles, como las consagradas en tratados internacionales. La imputabilidad o no al Estado de dicha conducta ilícita dependerá si el ilícito fue cometido por un órgano o agentes estatales que, por su actividad o inactividad, pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado<sup>65</sup>. Tal como se detalla en el tercer capítulo de este libro, el Estado de Chile ha sido condenado por la Corte IDH en cinco casos por incurrir en responsabilidad internacional. La responsabilidad en estos casos ha surgido de la acción u omisión de los agentes estatales que ha generado la violación de derechos humanos.

La principal consecuencia de determinar que existe una infracción a las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, es que una vez determinada su responsabilidad se da origen a una obligación compleja para el Estado infractor. Por una parte, debe cumplir con la obligación primaria (que no cesa por el incumplimiento); y por otra, surge una obligación secundaria, la obligación de reparar.

Ambas obligaciones deben ser satisfechas tanto en sede nacional como internacional y han sido especificadas por los órganos de control internacional, así por ejemplo el artículo 63.1 de la CADH respecto a las facultades de la Corte Interamericana, señala:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Por tanto, cuando nos encontremos ante casos de violaciones a derechos humanos será importante tener en consideración todo lo que hemos señalado, a saber: el cuerpo normativo a aplicar, las obligaciones generales del Estado y los criterios de determinación de existencia de responsabilidad internacional del Estado. Teniendo claridad en dichos

<sup>65</sup> Las fórmulas de imputación han sido desarrolladas tanto por la Comisión de Derecho Internacional en sus trabajos sobre la responsabilidad internacional del Estado, como por la jurisprudencia de los órganos de control internacional. Ver, LAWSON, Rick. “*Out of Control, State Responsibility and Human Rights: Will the ILC’S Definition of the “Act of State” Meet the Challenges of the 21 st Century?*”, En: CASTEMANS, M, VAN HOOFF, F, SMITH, J. *The Role of the Nation State in the 21 st Century. Kluwer Law International*, 1998, pp. 91-116. Concretamente, las hipótesis de atribución de responsabilidad que han sido desarrolladas en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos son: i) El Estado puede hacerse responsable por la adopción de disposiciones legislativas incompatibles con las obligaciones internacionales, también puede el Legislativo ser responsable cuando no adopta disposiciones legislativas necesarias para hacer compatible su normativa interna con las obligaciones internacionales, ii) El Poder Ejecutivo, a través de todos sus funcionarios, puede hacerse responsable por acciones u omisiones que sean incompatibles con las obligaciones internacionales, iii) También el Poder Judicial puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional, que podrá estar basada, por ejemplo, en denegación de justicia, infracciones al debido proceso, aplicación de normas incompatibles o interpretación incompatible con las obligaciones internacionales. Más detalles de estas hipótesis en: NASH, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, op. cit.

esquemas, se facilitará la determinación de estrategias concretas para enfrentar casos de violaciones a derechos humanos a los litigantes.

### **2.3.3 Posibles conflictos derivados de la incorporación y su solución (normas constitucionales y tratados que consagran normas de derechos humanos)**

Como hemos visto, la incorporación de los tratados internacionales que consagran normas de derechos humanos trae consigo la aparición de un conjunto de normas que obliga al Estado a dar cumplimiento a sus mandatos. Sin embargo, este sistema genera un efecto colateral y es que al tener estas normas rango constitucional (tal como se desprende del artículo 5° de la Constitución Política) pueden surgir diversos conflictos cuando existan normas constitucionales e internacionales incompatibles entre sí.

Por ejemplo, podríamos pensar en casos en que exista una regulación más restrictiva para la libertad de expresión en nuestra Constitución, pero más integral en el DIDH.

Para esto, es necesario plantear esquemas de solución que permitan hacer una aplicación eficaz de las normas en nuestro ordenamiento jurídico.

Un esquema de solución del problema planteado sería seguir el siguiente razonamiento<sup>66</sup>:

- i. A partir de la reforma constitucional de 1989 se incorporaron los derechos consagrados en los tratados sobre derechos humanos vigentes en Chile como límites a la soberanía.
- ii. En ese sentido, si nos encontramos ante un derecho cuyo sentido y alcance, limitación o suspensión es diverso en la normativa constitucional e internacional, nos encontramos ante un conflicto entre normas de rango constitucional.
- iii. Para solucionar dicho conflicto, se debe recordar que como hemos visto a propósito de la interpretación de tratados que consagran normas de derechos humanos, toda resolución de controversias normativas en materia de derechos fundamentales debe ser *pro persona*, esto implica que en caso de duda de la norma aplicable debe preferirse aquella que de mejor manera garantice los derechos humanos.
- iv. Si en este análisis se estima que la normativa internacional garantiza de mejor manera los derechos humanos, debe primar dicha interpretación y se puede realizar la misma consideración respecto de la primacía de la legislación nacional cuando ésta otorgue una mejor protección.

Además, es relevante destacar que existe otra vía de resolución de conflictos, a saber, el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales. En efecto, la reforma de 2005 incorpora un control preventivo obligatorio de constitucionalidad para tratados internacionales que contengan materias de ley orgánica constitucional<sup>67</sup>, y mantiene

<sup>66</sup> Este esquema es planteado en NASH, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*, op. cit, p. 190.

<sup>67</sup> "Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (1) Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación" (Artículo 93 No. 1 Constitución Política de la República de Chile).

el control facultativo de constitucionalidad para otro tipo de normas<sup>68</sup>. Esto implica que cuando exista una posibilidad de conflicto entre las normas constitucionales y las contempladas en un tratado internacional que contenga normas de derechos humanos, se abren dos caminos de solución: o no se ratifica el tratado (pues se generaría una colisión normativa) o se debe ir a una modificación constitucional que sea compatible con las obligaciones internacionales, lo que se realiza bajo la premisa de que la Convención de Viena de Derecho de los tratados establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (artículo 27). En ese sentido, el Estado de Chile estará obligado a modificar la Constitución cuando desee ratificar un tratado que se encuentre en conflicto con la normativa constitucional, con el objeto de no incurrir en responsabilidad internacional.

Por tanto, junto con la interpretación *pro persona* que hemos visto, el control preventivo de constitucionalidad de los tratados da al legislador la oportunidad de prever conflictos constitucionales y permite una incorporación que sea armónica con los derechos y libertades fundamentales.

### 3. HERRAMIENTAS PARA LA APLICACIÓN DE TRATADOS QUE CONSAGRAN NORMAS DE DERECHOS HUMANOS

En el apartado precedente respondimos a la interrogante acerca de por qué deben aplicarse los tratados internacionales en Chile y, en ese sentido, vimos que una vez ratificados y vigentes, las normas de derechos humanos consagradas en instrumentos internacionales pasan a tener rango constitucional. Asimismo, analizamos las consecuencias prácticas que esto tiene para la protección de los derechos fundamentales en Chile, constatando que se genera una amplitud en el espectro normativo a aplicar, junto con el nacimiento de importantes obligaciones para el Estado de Chile. Ahora, corresponde avanzar en nuestro estudio para ver de qué manera podemos hacer operativa su incorporación, es decir, a través de qué fórmulas aplicamos estándares internacionales. Las herramientas de aplicación de tratados de derechos humanos nos permiten visualizar la forma en que introducimos de una manera práctica los derechos y libertades fundamentales consagrados en tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico.

En este contexto, se ha planteado la interrogante acerca de cómo se puede invocar directamente ante tribunales la existencia de derechos consagrados en instrumentos internacionales en conformidad con la institucionalidad vigente y cuál es la mejor forma de aplicación de los estándares internacionales de modo que su uso sea efectivo en el ámbito nacional. Dicha respuesta no es simple, y ha requerido de esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales que permitan que la incorporación de estándares se realice de manera armónica con el derecho interno.

---

<sup>68</sup> “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (3) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso” (Artículo 93 No. 3 Constitución Política de la República de Chile).

Por ello, al plantearse el tema de la recepción constitucional de los estándares sobre derechos subjetivos individuales que legitiman el poder del Estado, surge una herramienta fundamental y es la figura del “Bloque de Constitucionalidad”. A través de este instrumento, los sistemas normativos constitucionales perfeccionan la protección constitucional de los derechos fundamentales al incorporar a la Constitución formal, normas y prácticas jurisprudenciales desarrolladas a nivel internacional, configurando la Constitución material en relación con estos derechos.

Con el objetivo de tener claridad en torno a esta herramienta denominada “Bloque de Constitucionalidad”, nos introduciremos en su conceptualización teórica, así como en su aplicación práctica por parte de los tribunales de justicia, lo que nos permitirá tener una aproximación concreta acerca de la manera en que podemos aplicar los tratados internacionales.

### 3.1 Concepto y antecedentes históricos del “Bloque de Constitucionalidad”

La noción “Bloque de Constitucionalidad”, que nace en el constitucionalismo europeo, es un instrumento interesante para contestar la pregunta acerca de cuáles son los derechos comprendidos en la noción amplia de derechos fundamentales. Es decir, qué elementos ajenos a la articulación de la Constitución formal se incorporan al acervo constitucional de derechos fundamentales. En efecto, la idea de “Bloque de Constitucionalidad”, siguiendo al jurista colombiano Rodrigo Uprimny, hace referencia a la existencia de normas constitucionales, o al menos supraleales, que no aparecen directamente en el texto constitucional. De esta forma, “una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supraleales, pueden ser más numerosas que aquellas que puedan encontrarse en el articulado de la constitución escrita”<sup>69</sup>.

El origen del concepto está en el ámbito administrativo francés, donde se usaba la noción de “bloque legal” para designar principios y reglas por encima de las leyes. De esta forma, la expresión “bloque” tiene por objeto evocar la idea de solidez y unidad<sup>70</sup>. En la determinación de cuál era el contenido de la Constitución francesa y, por tanto, cuál debiera ser el parámetro de constitucionalidad para realizar un control de las leyes, el Consejo Constitucional determinó que, en cuanto a su contenido, el Bloque de Constitucionalidad francés considera las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución de 1958, en Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en Preámbulo de la Constitución de 1946 y en los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República<sup>71</sup>.

Lo relevante es que dentro de esta institución no existe un sistema jerárquico y cada uno de los elementos es considerado en un plano de igualdad, lo que implica la necesidad

---

<sup>69</sup> UPRIMNY, Rodrigo. *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Colombia, 2006, p. 31.

<sup>70</sup> FAVOREU, Louis. “Ponencia francesa”. En, *El Bloque de Constitucionalidad*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, p. 19-21.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 25. OSPINA, Laura. “Breve aproximación al Bloque de Constitucionalidad en Francia”. En: *Elementos de juicio, Revista de Estudios Constitucionales*, 1(2) 2006, pp. 179-197.

de conciliar las distintas disposiciones y, por tanto, obliga a avanzar en la coherencia del sistema, de manera que el objetivo de esta institución es servir de baremo de constitucionalidad para las Cortes Constitucionales.

La pregunta que surge en este punto es ¿cómo el bloque de constitucionalidad desarrollado por la jurisprudencia y doctrina europea sirve como herramienta para la aplicación de estándares internacionales en nuestro país?

Para dar respuesta a esta interrogante se debe revisar cuál ha sido el desarrollo del Bloque de Constitucionalidad en Latinoamérica. A diferencia del constitucionalismo europeo, donde ha predominado la incorporación de principios y otro tipo de reglas en las constituciones formales, las Cortes latinoamericanas han incorporado al bloque constitucional las normas y principios del DIDH en materia de derechos fundamentales, así como la jurisprudencia de los órganos de protección, con el objeto de servir como baremo de constitucionalidad; elemento para completar el catálogo de derechos y para darle un alcance más amplio y comprehensivo a derechos consagrados constitucionalmente<sup>72</sup>.

Este desarrollo dogmático y jurisprudencial también puede ser aplicado en Chile como mecanismo integrador de normas de derechos fundamentales. A continuación, veremos a través de qué elementos normativos se puede realizar dicho ejercicio y cómo lo ha aplicado la jurisprudencia de nuestros tribunales nacionales.

### 3.2 La aplicación jurisprudencial de la figura del “Bloque de Constitucionalidad” por parte de los tribunales de justicia

Desde un punto de vista normativo, la noción de Bloque de Constitucionalidad a que hemos hecho referencia puede ser aplicada en Chile, pues desde la reforma de 1989 al inciso 2 del artículo 5° de la Constitución<sup>73</sup> 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. Surgen, como consecuencia de la discusión en Chile sobre los alcances de dicha norma reformada, dos posibilidades de uso del Bloque de Constitucionalidad. Si se acepta la tesis de la constitucionalización de los derechos

<sup>72</sup> Algunos ejemplos de su tratamiento por la jurisprudencia latinoamericana: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de 29 de julio de 1993, C-295/1993; Sentencia de 02 de junio de 2010, C-434/2010. Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia de 29 de octubre de 2004, 12263/2004. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*”. Sentencia de 24 de agosto de 2004. Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia de 22 de junio de 2005, 2876-2005-HC.

<sup>73</sup> El que la habilitación legal del Bloque de Constitucionalidad se explique a través de la reforma constitucional, de 1989, es coherente con la idea que señala Uprimny respecto de que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales suelen hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional, en: UPRIMNY, Rodrigo. “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”. En: O’DONNELL, Daniel, UPRIMNY, Margarita y VILLA, Alejandro (Comp.). *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Oficina Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, Bogotá, 2001. En este sentido, es la propia Constitución reformada de 1980 la que permite la idea de Bloque de Constitucionalidad.

contenidos en los tratados de DD.HH vigentes en Chile, el Bloque de Constitucionalidad es útil para complementar estos derechos con otros elementos, principalmente la jurisprudencia internacional sobre éstos; 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 Bloque.

Se incluye la jurisprudencia de los órganos de protección, bajo la consideración de que ésta constituye doctrina particularmente importante y relevante cuando se va a interpretar la Constitución, toda vez que, si los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados, éstos deben seguir los parámetros establecidos por los órganos autorizados a hacerlo a nivel internacional<sup>74</sup>. En el caso del sistema interamericano, la Corte IDH es la llamada a interpretar la Convención (artículo 62 CADH)<sup>75</sup>. Siguiendo a Uprimny<sup>76</sup>, un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el lenguaje ambiguo de ciertos convenios, así varias normas protegen a las personas contra injerencias "arbitrarias", pero el alcance de dicho concepto no es claro. Para responder a ese interrogante es muy útil tener en consideración la jurisprudencia desarrollada por estos órganos, que ha ido definiendo poco a poco, a través de decisiones de casos individuales, o por medio de comentarios generales a los pactos de derechos humanos, el alcance de esos conceptos abiertos.

El efecto útil de la idea de un Bloque de Constitucionalidad que integre los elementos que hemos descrito, radica en que el conjunto de normas incorporadas a nuestra legislación son efectivas en cuanto sirven no sólo como parámetro de constitucionalidad de las leyes, sino también como elemento hermenéutico e integrador ante una legislación incompleta.

Como parámetro de constitucionalidad, el Bloque sirve para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes. En tanto elemento hermenéutico, el Bloque de Constitucionalidad permite complementar la interpretación de los derechos que sí se encuentran consagrados constitucionalmente; y como elemento integrador incorpora derechos que no se encuentran en el catálogo constitucional. Estas herramientas otorgan un poderoso impulso dinamizador de la protección de los derechos fundamentales, favoreciendo la adaptación histórica de las constituciones a nuevas realidades sociales y políticas<sup>77</sup>.

Resulta interesante destacar que este mecanismo permite no sólo a los jueces hacer uso de estándares internacionales, sino también faculta a los abogados litigantes a realizar

<sup>74</sup> UPRIMNY, Rodrigo. "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", op. cit.

<sup>75</sup> En dicho punto, hay que tener claro que una cosa es la obligatoriedad de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en casos contenciosos contra Chile y otro tema es la inclusión de su jurisprudencia como elemento hermenéutico. Este segundo elemento es el incorporado en el "Bloque de Constitucionalidad".

<sup>76</sup> UPRIMNY, Rodrigo. "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", op. cit.

<sup>77</sup> Ídem.

interpretaciones más complejas en el ámbito de los derechos fundamentales, avanzando hacia la búsqueda de una protección integral de los derechos.

Estas formas de aplicación del Bloque de Constitucionalidad dan cuenta de que ésta es una verdadera regla de reconocimiento que nos sirve para identificar el subsistema constitucional de los derechos fundamentales en Chile<sup>78</sup>.

En los últimos años, en la jurisprudencia chilena ha habido una cierta tendencia a abrir nuestro sistema normativo constitucional a la idea de un Bloque de Constitucionalidad, que amplíe y mejore la protección de derechos humanos en el país. En la práctica, encontramos tanto en la Corte Suprema como en el Tribunal Constitucional algunas sentencias que apuntan a la configuración de un Bloque de Constitucionalidad en Chile. Así nos hallamos con sentencias que asignan a la normativa y jurisprudencia internacional un rol relevante a través de dos vías: (i) de la incorporación directa de derechos con rango constitucional; o (ii) como elemento hermenéutico de derechos actualmente consagrados en el texto constitucional.

A continuación veremos cómo los tribunales nacionales han hecho aplicación de la figura.

### 3.2.1 Incorporación directa de normas de DIDH

Una de las formas en que se ha utilizado el Bloque de Constitucionalidad es como mecanismo de incorporación de derechos humanos que no se encuentran consagrados en la Constitución Política. Así, se constituye como un esfuerzo integrador de normas que dinamiza la Constitución, al existir complejos catálogos de derechos contemplados en tratados internacionales como vimos anteriormente en este capítulo. Por ejemplo, podemos pensar en todas las normas que contemplan derechos colectivos para los pueblos indígenas (como el Convenio 169 de la OIT).

Tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han avanzado hacia el reconocimiento de derechos contemplados en instrumentos internacionales, a continuación algunos ejemplos:

*a. Tribunal Constitucional:* Como hemos visto, el Tribunal Constitucional ha postulado que los tratados internacionales sólo tienen rango legal en la pirámide normativa, lo que pudiera llevar a pensar que desde su perspectiva no es aplicable el denominado Bloque de Constitucionalidad. Sin embargo, en el año 2009 el Tribunal Constitucional emitió una interesante sentencia, en donde reconoció el derecho a la identidad como garantía constitucional (derecho que no se encuentra expresamente contemplado en nuestra Constitución, pero sí en diversos tratados internacionales de derechos humanos) y, en base a ese derecho, construyó la argumentación para acoger un requerimiento que buscaba declarar una norma del Código Civil inaplicable por inconstitucionalidad<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> RUIZ- TAGLE, Pablo. "Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del bicentenario". En: BORDALÍ, Andrés. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006.

<sup>79</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 29 de noviembre de 2009, Rol No. 1340.

En este caso, un juez de familia solicitó al Tribunal Constitucional que se pronunciara acerca de la constitucionalidad de un artículo del Código Civil que establece un plazo desde la muerte de una persona para que sus supuestos hijos puedan interponer una acción de reclamación de filiación contra los herederos del fallecido<sup>80</sup>. En su sentencia, el Tribunal señaló que aun cuando la Constitución no reconocía en su texto el derecho a la identidad, se le debía brindar una adecuada protección por su estrecha vinculación con la dignidad humana establecida en el artículo 1º y, en concordancia con el artículo 5º de la Constitución, por encontrarse consagrado este derecho en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, remitiéndose a la CADH, al PIDCP y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

De esta forma, el Tribunal reconoció un derecho como fundamental –en circunstancias que éste no se encuentra establecido explícitamente en nuestro catálogo constitucional–, le dio contenido recurriendo a tratados internacionales y lo sometió a un juicio de ponderación con otros derechos constitucionales, para finalmente declarar inaplicable la norma civil por ser ésta contraria al art. 5º inc. 2 de la Constitución. Esto abre una puerta relevante, ya que aun en caso de no considerarse a los tratados internacionales como una norma constitucionalizada por el artículo 5º, sí se puede recurrir a ellos para un control de constitucionalidad, lo que implica la plena operatividad de un Bloque de Constitucionalidad en Chile.

*b. Corte Suprema:* La Corte Suprema también ha incorporado derechos humanos que no se encuentran consagrados expresamente en nuestra Constitución, pero su razonamiento ha sido diferente al utilizar el artículo 5º de la Constitución directamente considerando que las normas de derechos humanos han sido constitucionalizadas. Así, en el caso Rol 6953-2007 de abril de 2008 establece la constitucionalidad del derecho a un recurso a partir de las normas internacionales de derechos humanos. Al efecto, la Corte Suprema señaló:

“Que en numerosos tratados internacionales suscritos por Chile, ratificados y actualmente vigentes, y que tal como lo preceptúa el artículo 5º de nuestra Constitución Política, constituyen y forman parte de las leyes de la República, también se considera este derecho a tener un recurso en contra de las sentencias condenatorias o absolutorias en materia penal, es así como el artículo 8º N° 2 letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos llamado “Pacto de San José de Costa Rica”, estatuye que durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad, entre otras garantías mínimas, “a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior”.

“Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en el párrafo 5º del artículo 14 que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidas a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley”.

“Si bien este derecho no se encuentra expresamente contemplado en nuestra Carta fundamental, resulta igualmente obligatorio porque los pactos mencionados fueron ratificados por Chile y

<sup>80</sup> El artículo 206 del Código Civil establece: “Si el hijo póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad”.

se hallan actualmente vigentes, en virtud de lo prescrito en el artículo 5° de la Constitución Política de la República”<sup>81</sup>.

c. *Tribunales de Primera Instancia*: Pero no sólo los tribunales de más alta jerarquía han realizado este ejercicio integrador de normas. Este esfuerzo ha sido realizado también por tribunales especializados, como por ejemplo, los tribunales de justicia laboral. En concreto, en una sentencia del 8° Juzgado del Trabajo de Santiago<sup>82</sup>, relativa a un juicio sobre despido injustificado, el tribunal afirmó la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos e integró la normativa internacional en materia de debido proceso en los siguientes términos:

“Que la falta de especificación en la carta de despido de la infracción que habría cometido la actora, impide establecer el motivo real que tuvo la demandada para poner término a los servicios de la actora y genera una vulneración del legítimo derecho a defensa que tiene la demandante.

Tal omisión infringe entonces, la garantía del debido proceso, en el marco de un procedimiento breve, que en su fase de discusión, prevé sólo el libelo de demanda como única oportunidad procesal para conducir sus descargos. Tal garantía se encuentra incorporada al ordenamiento positivo por el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Diario Oficial, 29 de abril de 1989), con rango constitucional (artículo 5, inciso segundo de la Constitución Política) y señala que ‘Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. La observancia de la norma resulta exigible tanto a los órganos del Estado como a particulares (artículo 6, inciso segundo de la carta fundamental), por lo que la infringe el empleador que no exterioriza suficientemente la razón fáctica del despido”<sup>83</sup>.

De esta forma, vemos que hay un uso relevante de la normativa internacional, principalmente de la CADH y del PIDCP, para incorporar derechos que no se encuentran explícitamente consagrados en el texto constitucional. Al momento de incorporar estos derechos, en la práctica, pasan a cumplir el mismo rol que toda norma de derechos fundamentales.

### 3.2.2 Utilización del Bloque de Constitucionalidad como elemento hermenéutico

Una segunda forma de aplicación del Bloque de Constitucionalidad por parte de los tribunales nacionales ha sido utilizar los estándares internacionales como elemento hermenéutico en casos concretos, sea complementando el catálogo, aclarando sus alcances o dando nuevos contenidos a los derechos. Con este mecanismo se busca dar concreción a derechos consagrados en la Carta Fundamental, impulsando una lectura compleja de los derechos fundamentales, como se ilustra a continuación.

<sup>81</sup> Corte Suprema. Sentencia de 29 abril de 2008, Rol No. 6053-2007, considerando 11.

<sup>82</sup> Citado en: AGUILAR, Gonzalo. “La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: Un proceso esperanzador”. En: *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca 7 (1), Santiago, 2009, pp. 91-136.

<sup>83</sup> Octavo Juzgado del Trabajo de Santiago. “Caso Valenzuela Díaz, Mónica Aurora con Aluminios Armados”. Sentencia de 2 de septiembre de 2008, Rol N° 2276-2006, considerando 4.

a. *Tribunal Constitucional*: Nuestro Tribunal Constitucional también ha recurrido a la normativa e incluso a la jurisprudencia internacional para interpretar las normas constitucionales.

En una sentencia dictada en mayo de 2008, el Tribunal busca dar concreción a un principio básico del debido proceso, cual es, la presunción de inocencia, y para ello recurre al derecho internacional en los siguientes términos:

"Que, a propósito del citado principio de inocencia, esta Magistratura (Rol 739-2007) ha señalado que 'la Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas'.

En tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos –'Pacto de San José de Costa Rica'–, en el artículo 8.2, dispone que 'toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad' y que 'durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas que enuncia'.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera que 'toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley'<sup>84</sup>.

Por otra parte, en un caso de junio de 2010, el Tribunal, al verse en la obligación de fijar el contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión y sus límites, hace un extensivo uso del derecho internacional<sup>85</sup>, interpretando la normativa nacional a la luz de los límites que el DIDH señala como aplicables a la libertad de expresión, citando para estos efectos la CADH<sup>86</sup>, el PIDCP e incluso la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>87</sup> y de la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>88</sup>.

b. *Corte Suprema*: Por su parte, la Corte Suprema también ha recurrido intensivamente a la normativa y jurisprudencia internacional para interpretar las normas constitucionales.

A modo de ejemplo, hay dos fallos interesantes que sitúan a la Corte en un contexto distinto del de las violaciones masivas y sistemáticas (violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar), en donde la incorporación de estándares internacionales parece más fácil. Estas dos sentencias dicen relación con normas relativas a casos penales.

En un caso de noviembre de 2008, la Corte Suprema utiliza normas internacionales para dar contenido normativo al principio de presunción de inocencia:

"Que a estos efectos, además, han de tenerse en consideración los criterios que siguen. En primer lugar, toda vez que no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia puesto que el juicio se encuentra pendiente, el adolescente J.A.R.M. debe ser tratado como inocente, siendo por ello de carácter excepcional y transitoria toda cautelar que afecte sus derechos. También incide su condición de imputado adolescente que de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.4

<sup>84</sup> Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 13 de mayo de 2008, Rol No. 933, considerando 3.

<sup>85</sup> Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 2 de junio de 2010, Rol No. 567-2010.

<sup>86</sup> *Ibidem*, considerando 39.

<sup>87</sup> *Ibidem*, considerandos 35 y 41

<sup>88</sup> *Ibidem*.

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos siempre ha de pretenderse la readaptación social del menor. Además, el ya citado derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la especie resulta aún más exigible, desde que el artículo 10.2 apartado b) del citado pacto dispone que los menores serán llevados a juicio con la mayor celeridad posible<sup>89</sup>.

Asimismo, la Corte Suprema ha recurrido a la jurisprudencia de la Corte Interamericana a objeto de fijar el contenido y alcance de derechos que se encuentran consagrados constitucionalmente. Así, respecto del derecho a un debido proceso y frente a la duda de si era posible cambiar la calificación jurídica de un ilícito, sin alterar los hechos que sustentan la acusación, señala:

“Que, por otro lado, la alteración de la calificación de los sucesos indagados no produce la indefensión de los procesados, puesto que dicha nueva apreciación se funda sólo en una interpretación diversa de las reglas legales que rigen al caso, sobre la base siempre que los hechos que se imputan al agente son los mismos que fueron materia de la investigación y no otros que pudieran quedar al margen de los contenidos en la acusación que oportunamente se les formuló y sobre los cuales recayó su defensa, puesto que los sucesos y sólo ellos serán los que puedan determinar si efectivamente el inculcado ha tenido oportunidad de conocer la base fáctica sobre la que se construye la petición de pena. En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ‘la calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador; sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación (‘Fermín Ramírez con Guatemala’, veinte de junio de dos mil cinco, párrafo 67)’<sup>90</sup>.

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana para fijar el alcance de una de las obligaciones generales del Estado, esto es, la obligación de garantía:

“La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad ha sido también afirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros casos en ‘Velásquez Rodríguez (1988); Godínez Cruz (1989); Blake (1988) y, muy especialmente, en ‘Almonacid Arellano y otros versus Chile’, de 26.09.2006, donde se señala que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos “es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general (considerando 19)’<sup>91</sup>.

Cabe destacar que la Corte Suprema no sólo ha utilizado los tratados internacionales que Chile ha ratificado para invocar sus normas, sino que además hace uso de la jurisprudencia de organismos internacionales, reconociendo al intérprete autorizado de los primeros, lo cual, en definitiva, significa un paso relevante hacia una interpretación integral de los derechos desde el DIDH y una diferencia considerable respecto a lo que ha realizado hasta este momento el Tribunal Constitucional.

<sup>89</sup> Corte Suprema de Chile. Sentencia de 11 de noviembre de 2008, Rol No. 6811-2008, considerando 3. En el mismo sentido, en otro caso la Corte señala que el derecho de defensa debe ser complementado con las normas internacionales relativas a la materia: “Que, a lo anterior, y conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5° de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son...”. Corte Suprema de Chile. Sentencia de 13 de abril de 2010, Rol No. 9758-2009, considerando 18.

<sup>90</sup> Corte Suprema. Sentencia de 04 de mayo de 2008, Rol No. 876-2008, considerando 2.

<sup>91</sup> Corte Suprema. Sentencia de 25 de mayo de 2009, Rol No. 696-2008, considerando 11.

### 3.3 Conclusiones

El objetivo de este apartado era determinar de qué manera se puede hacer operativa la incorporación de los tratados internacionales que consagran normas de derechos humanos. Para esto vimos que existe una herramienta útil y es el Bloque de Constitucionalidad.

El marco legal que actualmente nos otorga la Constitución Política está conformado no sólo por los derechos establecidos formalmente en la misma, sino que también por los derechos que se encuentran consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile, así como por las normas comunes a todos los tratados internacionales de derechos humanos (obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación, límites legítimos, normas sobre interpretación) y la jurisprudencia internacional que fija el contenido y alcance de los derechos humanos.

Las normas que componen el Bloque de Constitucionalidad en materia de derechos humanos cumplen el mismo rol que cualquier norma constitucional: son derechos subjetivos (exigibles frente al Estado) y derechos objetivos (principios que irradian toda la estructura del Estado); por lo que cumplirán el rol de todo derecho, en tanto baremo de constitucionalidad como mecanismo de protección de la dignidad del ser humano que debe ser protegido constitucionalmente, pero que también han de servir para la incorporación de derechos consagrados en instrumentos internacionales (que no se encuentran protegidos por la regulación constitucional) y como elemento hermenéutico de derechos positivados constitucionalmente.

Lo importante de esta herramienta es que permite a los litigantes y demás operadores de justicia hacer uso de las normas del DIDH de una manera armónica con la legislación nacional, dinamizando y complementando la protección de los derechos fundamentales.

## 4. HACIA UNA PROTECCIÓN EFICAZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO HERRAMIENTA HERMENÉUTICA

En los apartados precedentes hemos ido dilucidando la forma en que se incorporan los tratados internacionales en Chile y su operatividad a través del denominado "Bloque de Constitucionalidad". Sin embargo, desde el punto de vista de la aplicación de los tratados internacionales, nos queda aún un tema por tratar y es cómo los tribunales de justicia deben utilizar los estándares en materia de derechos humanos para resolver casos concretos sometidos a su conocimiento.

Dicha materia es compleja y dice relación con lo que hemos señalado en torno a las obligaciones del Estado. Recordemos que una de las obligaciones que tiene el Estado es la obligación de garantía, que implica que el aparato de poder estatal debe promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que las personas sujetas a su jurisdicción ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. En este contexto, los tribunales de justicia están obligados a dar una correcta aplicación a los estándares internacionales, de manera de cumplir con los mandatos normativos de los tratados.

Entonces, surge la siguiente pregunta: a través de qué mecanismo los operadores de justicia verifican la conformidad en la aplicación de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. En la práctica jurisprudencial interamericana, ha nacido

el concepto “control de convencionalidad” para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad con la CADH y su jurisprudencia de las normas y prácticas nacionales<sup>92</sup>.

La figura –con dicha denominación<sup>93</sup>– es de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos fundamentales y el constitucionalismo, con un incipiente tratamiento en la jurisprudencia de las Cortes nacionales. Su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con las obligaciones que impone la CADH y el desarrollo progresivo de los estándares de derechos humanos, ya que implica que los Estados deben verificar la conformidad de su normativa interna con dichos estándares. Asimismo, nace con una clara influencia del denominado “control de constitucionalidad” ampliamente desarrollado en el ámbito interno de los Estados. Sin embargo, a diferencia del control de constitucionalidad, con la figura convencional se busca trasladar la noción de control de las normas internas cuyo parámetro sea la Constitución –típica del derecho constitucional– hacia un control que tenga como baremo la normativa convencional y su jurisprudencia.

El control de convencionalidad tiene aplicación en el ámbito nacional e internacional.

En el *ámbito internacional*, dicha función la realiza la Corte IDH y consiste en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten al conocimiento de la Corte. Por ejemplo, la Corte IDH verifica que una norma interna es contraria a las disposiciones de la CADH y dispone su expulsión de manera que los Estados cumplan con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Esto ha ocurrido, por ejemplo, con la declaración de incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH<sup>94</sup>. Dicha función ha sido la principal de la Corte IDH desde su entrada en funcionamiento, ya que el tribunal interamericano es el encargado de revisar que los actos y hechos de los Estados, que han reconocido su competencia, se ajusten a las disposiciones de la CADH y de vigilar que el hacer o no hacer de los Estados se ajuste a la regularidad del tratado y, con ello, asegurar y hacer efectiva la supremacía de este<sup>95</sup>.

En el *ámbito interno*, el control de convencionalidad es el realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. En dicho análisis de

<sup>92</sup> El control de convencionalidad recibe dicha denominación ya que consiste en un examen de conformidad con la CADH, lo que no obsta a que los operadores de justicia realicen dicho examen respecto de otros instrumentos internacionales. Sin embargo, dada la influencia que ha tenido la CADH en la jurisprudencia nacional, así como el desarrollo que ha realizado la Corte IDH de sus estándares, se ha transformado en la herramienta normativa más relevante en su aplicación práctica en materia de derechos humanos.

<sup>93</sup> Se realiza el alcance puesto que la función del control de convencionalidad se desarrolla desde la entrada en vigor de la Convención Americana, pero no es sino en los últimos años en que esta labor se ha caratulado bajo dicho concepto.

<sup>94</sup> Ver: Corte IDH. “Caso Barrios Altos vs. Perú”, Sentencia de 14 de marzo de 2001, párrs. 41-44; Corte IDH. “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrs. 105-114; Corte IDH. “Caso La Cantuta vs. Perú”, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párrs. 167 y ss; Corte IDH. “Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrs. 129 a 131; Corte IDH. “Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrs. 238-239.

<sup>95</sup> CASTILLA, Karlos. “El control de convencionalidad: Un nuevo debate en México a partir de la sentencia Radilla Pacheco”. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Vol. XI), 2001, p. 596.

compatibilidad, los operadores de justicia deben actuar en el ámbito de sus competencias, por lo que en algunos casos podrán expulsar las normas incompatibles con la CADH, inaplicarlas en un caso concreto, o realizar un ejercicio hermenéutico, según permita cada diseño institucional. En este sentido, el objetivo es verificar la conformidad de las normas internas con la normativa convencional y que exista una correcta aplicación de sus estándares, lo que se puede realizar expulsando normas o interpretándolas de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado (como hemos señalado, esto dependerá de las facultades procesales que tenga cada operador de justicia). Sin embargo, los operadores de justicia están obligados siempre –con independencia de sus competencias– a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente. Es por ello que hemos señalado en el título de este apartado que el control de convencionalidad es una herramienta para la eficaz protección de los derechos fundamentales en el ámbito interno.

Como clarificación previa, se debe distinguir entre las figuras “bloque de constitucionalidad” y “control de convencionalidad”. Recordemos que a través de la primera herramienta se hace operativa la incorporación de los tratados internacionales (es decir, nos permite utilizarlos en casos concretos a través del uso de derechos consagrados internacionalmente o como elemento hermenéutico), mientras que el control de convencionalidad es el ejercicio práctico que realizan los operadores de justicia al cotejar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. Así, 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?

Para nuestro estudio, nos centraremos en el análisis del control de convencionalidad en el ámbito interno, con el objetivo de ilustrar que su utilización es imperativa e imprescindible para lograr una plena protección de los derechos fundamentales, ya que implica aplicar –en cada caso concreto– aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente.

Analizaremos las bases normativas para la aplicación de esta figura en Chile, su conceptualización por parte de la Corte IDH, los desafíos que ha significado su implementación y casos prácticos en que la jurisprudencia chilena ha realizado este ejercicio. Junto con lo que hemos revisado precedentemente, el estudio del control de convencionalidad nos otorgará una mirada compleja acerca de cómo se deben proteger los derechos fundamentales en Chile.

#### **4.1 Bases normativas para la aplicación del control de convencionalidad**

Para poder profundizar en el análisis práctico del control de convencionalidad (señalando que su aplicación es imperativa), se requiere precisar cuál es el origen de su obligatoriedad, es decir, las bases normativas que le sirven de fundamento. La mención a estos elementos es fundamental para entender la importancia de realizar dicho control y para señalar que su inobservancia implica que los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional.

#### 4.1.1 Normativa nacional

El fundamento normativo de la aplicación del control de convencionalidad en el derecho nacional lo encontramos en la lectura conjunta de los artículos 1º, 5º y 6º de la Constitución Política.

Para entender la importancia de estas normas en la configuración del control de convencionalidad como imperativo para el Estado, debemos mencionar, en primer lugar, una norma que nos parece central: el artículo 6º relativo a las “bases de la institucionalidad”.

Tal como lo hemos señalado, este artículo 6º establece expresamente la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, entre las cuales se encuentran no sólo los derechos del artículo 19 (catálogo de derechos constitucionales), sino también las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (que, como hemos visto, son imperativas en Chile en virtud del artículo 5º de la Constitución Política). Además, a partir de lo dispuesto en el artículo 1º (incisos 1 y 4) se puede extraer la obligatoriedad de las normas internacionales, tanto de los derechos sustantivos como de las obligaciones generales (respeto y garantía). En efecto, el artículo 1º del texto constitucional consagra una visión de los seres humanos como “libres e iguales en dignidad y derechos”, y luego establece el deber del Estado de dar “protección” a la población, “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” y “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Esto nos permite realizar un razonamiento integral de las normas en el siguiente sentido: el Estado debe “proteger” a las personas y crear condiciones de vida con pleno respeto a los derechos fundamentales (artículo 1º); los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” son un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben “respetar y promover” los derechos garantizados por la Constitución, tanto en su propio articulado como en los tratados internacionales ratificados por Chile (artículo 5º), y dichas obligaciones comprometen a todos los órganos del Estado (artículo 6º). Por tanto, la conclusión necesaria es que las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales serán no sólo de abstención, sino también obligaciones positivas. Dependerá del análisis de cada derecho determinar el contenido normativo concreto de la obligación del Estado.

A partir de esta visión compleja de las obligaciones del Estado, se puede sostener que el control de convencionalidad que deben realizar los jueces es un imperativo que deriva de normas constitucionales, al mandar a los jueces a aplicar las normas en conformidad a las obligaciones internacionales del Estado, ya sea a través de un ejercicio hermenéutico o mediante la inaplicación de normas que se encuentren en contradicción con los preceptos internacionales (lo que dependerá de las competencias de cada autoridad pública). Una interpretación distinta debiera justificar cuál es la base constitucional que permita a los jueces incumplir con los compromisos internacionales del Estado y, por tanto, hacer incurrir al mismo en responsabilidad internacional. Esto no parece razonable en un Estado democrático (artículo 4º Constitución).

#### 4.1.2 Normativa internacional

En el derecho internacional, particularmente en el sistema interamericano de derechos humanos, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.

El artículo 1.1 de la Convención dispone:

"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

El artículo 2 señala:

"Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

El artículo 29 establece:

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

De una lectura integrada de dichos artículos se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que éstos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, protección y promoción de dichos derechos. En este sentido, desde esta comprensión se ha concebido el concepto de control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia<sup>96</sup>.

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (arts. 1.1 y 2). Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Es decir, el Estado está obligado a crear

<sup>96</sup> En este sentido resulta sumamente ilustrativo el voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en: Corte IDH. "*Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*". Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención<sup>97</sup>. Esto se traduce, en que se trata de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado.

Asimismo, la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *ius cogens* "*pacta sunt servanda*", consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, así como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte<sup>98</sup>, dan cuenta del compromiso que tienen los Estados que han suscrito la CADH de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados<sup>99</sup>.

Emana también de los principios del derecho internacional público el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales<sup>100</sup>. En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención incluye la de adecuar la normativa no convencional existente<sup>101</sup>.

El fundamento de la figura del control de convencionalidad se basa tanto en normas convencionales como en principios del derecho internacional público, lo que le otorga un poderoso respaldo jurídico para afirmar la obligatoriedad de la realización del examen de convencionalidad y permite salvar las objeciones que pudieran plantearse en torno a la posible restricción a la soberanía de los Estados que supondría la obligación de realizar un control de convencionalidad.

<sup>97</sup> En concreto, respecto a la obligación de garantía la Corte ha señalado: "Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (Corte IDH. "*Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*", Sentencia de 28 de julio de 1988, párr. 166). Asimismo, cabe destacar que la realización de un control de convencionalidad como concreción de la obligación de garantía puede ser extendido al control de otros instrumentos internacionales, como señala Sergio García Ramírez en su voto razonado en el "*Caso Trabajadores cesados del congreso vs. Perú*": "En la especie, al referirse a un "control de convencionalidad" la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos" (párr. 2).

<sup>98</sup> Ver: Convención de Viena de Derecho de los Tratados (1969), artículo 26.

<sup>99</sup> Esta misma argumentación en torno al fundamento del control de convencionalidad en las normas del derecho internacional público, ha sido recogida por la Corte IDH en el "*Caso Almonacid Arellano vs. Chile*", Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 125.

<sup>100</sup> Convención de Viena de Derecho de los Tratados (1969), artículo 27.

<sup>101</sup> Corte IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994.

## 4.2 Conceptualización y aplicación de la figura por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: evolución jurisprudencial

El desarrollo más extenso del concepto de control de convencionalidad ha sido aplicado por la Corte IDH en su evolución jurisprudencial. Así, no sólo ha precisado el sentido y alcance del control a nivel internacional, sino que también ha descrito la forma en que los operadores nacionales deben realizar el control de manera que puedan cumplir con las obligaciones internacionales del Estado. En este sentido, es vital para nuestro estudio dar una mirada a la evolución jurisprudencial de la Corte IDH para entender cuál ha de ser la aplicación que deben realizar los jueces del juicio de convencionalidad. La evolución jurisprudencial de la figura se puede dividir en cuatro etapas:

*a. Primera etapa:* Existe una primera etapa en la jurisprudencia de la Corte IDH en que se delinearón los principales aspectos de la figura del control de convencionalidad. En esta, se señala que el poder judicial debe realizar una “*especie*” de control de convencionalidad, lo que parece una posición prudente y clarificadora de la naturaleza diversa que tiene esta figura de aquel ejercicio propio del derecho constitucional. Asimismo, se avanza en indicar que este control incluye la interpretación que ha hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante ya que en muchos sistemas internos esta es una cuestión debatida:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermaidas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>102</sup>.

En síntesis, aquí están expresados los elementos centrales del control de convencionalidad:

- Existe una obligación del Poder Judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que, por tanto, ha pasado a ser parte del sistema normativo interno. En el caso de Chile, tal obligación emanaría de los artículos 5° y 6° de la Constitución Política de la República, como hemos visto.
- Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.
- Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado.

<sup>102</sup> Corte IDH. “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

- Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH. Recordemos que la inclusión de la jurisprudencia de la Corte IDH como baremo de control se justifica pues ésta es la intérprete principal de la CADH.

*b. Segunda etapa:* Avanzado en la evolución de su jurisprudencia, la Corte IDH estableció que el control de convencionalidad debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local y aclara que éste se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de la magistratura. Esta aproximación de la Corte IDH es relevante desde el punto de vista de la legitimidad del sistema, ya que toma en consideración la organización interna del Estado y permite un funcionamiento coherente de las instituciones. Así, en el caso chileno, podemos observar que cada juez en el ámbito de sus competencias podrá expulsar, inaplicar o simplemente interpretar con el objetivo de dar cumplimiento al imperativo de la CADH. En ese sentido, es importante destacar que la Corte IDH no impone un sistema constitucional determinado, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el diseño constitucional nacional. Así lo manifestó la Corte IDH en el caso *“Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”*:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”<sup>103</sup>.

*c. Tercera etapa:* En una tercera etapa, el análisis sobre el control de convencionalidad de la Corte IDH va más allá y señala que este control compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incorporando lo que se había señalado anteriormente acerca de la importancia de que este control se realice en el ámbito de competencias de cada magistratura. Esta apertura hacia los órganos competentes para realizar el control permite la inclusión de los Tribunales Constitucionales y reafirma la idea de que todo juez debe realizar este control con independencia de las características particulares de la organización de sus funciones:

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de

<sup>103</sup> Corte IDH. *“Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>104</sup>.

Asimismo, en esta sentencia se clarifica cualquier duda que pudiera surgir sobre la naturaleza de esta institución y los alcances propiamente interpretativos de la figura del control de convencionalidad:

“De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario<sup>105</sup>.

*d. Cuarta etapa:* En su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública. Es decir, se amplía el espectro desde el Poder Judicial a todos los órganos públicos. En relación al análisis de la compatibilidad de una ley de amnistía aprobada democráticamente, con las obligaciones que impone la CADH, la Corte IDH señala:

“[...] [L]a legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial [...]”<sup>106</sup>.

Asimismo, la Corte IDH en el “*Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*” especifica de qué forma la jurisprudencia de la Corte IDH puede ser utilizada en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales:

“En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso<sup>107</sup>.

La evolución compleja de la jurisprudencia de la Corte IDH nos muestra que la figura del control de convencionalidad, como herramienta eficaz para el cumplimiento de las obligaciones del Estado, tiene como principales características: (i) debe ser realizada de

<sup>104</sup> Corte IDH. “*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

<sup>105</sup> *Ibidem*, párr. 233.

<sup>106</sup> Corte IDH. “*Caso Gelman vs. Uruguay*”. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

<sup>107</sup> Corte IDH. “*Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*”. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 184.

oficio por toda autoridad pública, (ii) su ejercicio se realiza en el ámbito de competencias de cada autoridad, (iii) la obligación que está siempre presente es la de realizar un ejercicio hermenéutico que haga compatibles las obligaciones del Estado con sus normas internas, (iv) es baremo de convencionalidad la jurisprudencia de la Corte IDH, y (v) la obligatoriedad de realizar el control deriva de las obligaciones internacionales del Estado. Es importante tener en consideración estos aspectos del control de convencionalidad al momento de implementarlos en el derecho interno, de manera de cumplir con los estándares internacionales en su aplicación.

### 4.3 Dificultades en la implementación de la figura en el derecho interno

Todos los aspectos a que hemos hecho referencia en la construcción teórica y jurisprudencial del control de convencionalidad traen consigo desafíos y dificultades en el ámbito interno. Dichos aspectos han sido los principales obstáculos para un desarrollo pleno del control de convencionalidad por parte de la magistratura local y han influido en que su utilización aún sea tímida en la jurisprudencia. En el presente apartado pretendemos despejar dichas dificultades, con el objeto de clarificar el sentido y alcance del control de convencionalidad como herramienta fundamental para la protección de los derechos fundamentales en Chile.

- i. En primer lugar, han surgido dudas acerca de la legitimidad que tienen los jueces para inaplicar o incluso expulsar normas en el ejercicio del control de convencionalidad. En este punto, hay que tener claro que la CADH no impone un determinado modelo constitucional, por tanto, no obliga a todos los jueces a expulsar normas contrarias a la CADH. Más bien, el control de convencionalidad debe desarrollarse en el marco de las competencias internas de cada operador de justicia como ha recalcado la Corte IDH en su jurisprudencia<sup>108</sup>. Esto permite descomprimir la discusión en torno a la legitimidad del sistema y respecto a los alcances del control de convencionalidad que no supone siempre que la autoridad expulse una norma del sistema normativo interno.

En el caso chileno, sólo el Tribunal Constitucional a través del control preventivo de constitucionalidad podrá expulsar normas o inaplicarlas en un caso concreto a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad<sup>109</sup>. Sin embargo, como hemos recalcado, los jueces –cualquiera sea su ámbito competencial– estarán obligados siempre a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las

<sup>108</sup> Corte IDH. “Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128; “Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 202; “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225; “Caso Vélez Loo vs. Panamá”. Sentencia de 23 noviembre de 2010, párr. 287; “Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil”. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 176.

<sup>109</sup> El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se encuentra regulado en el artículo 93 No. 6 de la Constitución Política en los siguientes términos: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

- obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente. Aclarado esto se evita caer en el error de pensar que el agente del Estado que realiza el ejercicio de convencionalidad necesita una base normativa especial para realizar dicho proceso y no le basta el hecho de que el Estado haya incorporado la normativa interamericana en su ordenamiento jurídico interno.
- ii. Otra confusión que se genera con frecuencia, es entre dos cuestiones vinculadas, pero distintas. Una cosa es el control de convencionalidad tal como lo hemos descrito y otra distinta es la obligación de cumplir con las sentencias que dicta la Corte IDH respecto de un Estado. En este último caso estamos ante una obligación especial fundada en el artículo 68.1 de la CADH que establece que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”; mientras que el realizar un control de convencionalidad emana de la obligación de garantía que tienen los Estados y que se debe realizar cada vez que exista aplicación y confrontación de normas nacionales e internacionales de derechos humanos en un caso concreto.
  - iii. También podría plantear algunas dudas cuál es el límite entre la obligación de los jueces de implementar el control de convencionalidad para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional y la obligación del Poder Legislativo de superar antinomias graves entre la legislación interna y los compromisos internacionales del Estado. El peligro está en trazar la línea divisoria entre aquellas normas que deben ser expulsadas del sistema a través de una reforma legislativa y aquellas que pueden sobrevivir mediante una interpretación adecuada. La posición de la Corte IDH parece ser que conforme al juicio de convencionalidad, el juez siempre debiera interpretar el sistema normativo nacional conforme a las obligaciones internacionales y por tanto, siempre por vía interpretativa se podría salvar la responsabilidad del Estado. El punto es que este criterio se hace imposible en el caso de normas abiertamente contrarias a la Convención, las que deben ser modificadas. Parece ser prudente sostener que frente a una norma que fomenta o permite interpretaciones contrarias a la Convención debiera preferirse su expulsión del sistema a través de la adecuación legislativa de la misma, si lo que queremos es un sistema de derechos humanos eficazmente preventivo; sin perjuicio de lo que el juez haga como parte del control de convencionalidad en el caso concreto que deba resolver. Para que esto sea posible, se debieran privilegiar diseños normativos que abran espacio para que el poder jurisdiccional pueda no sólo expulsar normas contrarias a las obligaciones del Estado, sino que también permitan la activación del sistema legislativo vía jurisdiccional<sup>110</sup>.
  - iv. Otra cuestión que puede ocasionar problemas es determinar cuál es la jurisprudencia de la Corte IDH aplicable. Como vimos, la jurisprudencia de los organismos de control también forma parte del Bloque de Constitucionalidad y es baremo de control de convencionalidad. El criterio, fundado en el art. 29 de la CADH, debiera ser que en caso de haber más de un pronunciamiento de la Corte, debe preferirse aquel que de mejor manera proteja los derechos humanos en el caso concreto. Si el intérprete llega

---

<sup>110</sup> NASH. Claudio. “Las reparaciones en el caso Radilla Pacheco vs. México”. En: *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, Tomo IV, 2011, p. 104.

a la conclusión de que una norma interna o una interpretación distinta a la dada por la Corte es una mejor interpretación, es posible preferir la protección nacional, pero el intérprete deberá explicar de qué forma se da esta mejor protección, por tanto, cambia la carga de la argumentación.

- v. Finalmente, cabe destacar que muy a menudo, con el pretexto de no aplicar ciertos estándares en materia de derechos humanos, la jurisprudencia ha recurrido a la doctrina del "*margen de apreciación nacional*", aludiendo a que ciertas normas pueden ser flexibilizadas atendiendo a las dificultades técnicas de la implementación de ciertos estándares. La peligrosidad en la utilización de esta doctrina radica en que su utilización puede conllevar la desnaturalización de las obligaciones de los Estados y, por consiguiente, puede incrementar el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional. Si lo que queremos es un sistema robusto de protección de los derechos fundamentales, no es necesario recurrir a estas doctrinas cuando hemos visto que existen herramientas normativas y hermenéuticas que permiten realizar el control, sin incurrir en excesos competenciales.

El estudio de las dificultades de implementación del control de convencionalidad da cuenta de que muchas veces la inaplicación de estándares obedece a confusiones teóricas o normativas, que son superables observando las obligaciones que tiene el Estado de Chile y las facultades que gozan los organismos llamados a proteger los derechos fundamentales. Teniendo claridad en dichas cuestiones, la verificación de estándares y su aplicación conforme al DIDH ayudarán a una mejor y plena protección de los derechos fundamentales en nuestro país.

#### 4.4 Aplicación en Chile

Una vez dilucidado el hecho de que la forma en que los tribunales verifican que exista una correcta aplicación de los estándares de DIDH es el control de convencionalidad y que este goza de imperatividad normativa en virtud de los compromisos que ha asumido el Estado de Chile, podemos ver de qué manera esta figura se ha hecho operativa en el ámbito interno. Para esto, estudiaremos tanto el modelo teórico de aplicación como la aplicación práctica que ha hecho del juicio de convencionalidad la magistratura.

##### 4.4.1 Modelo de juicio de convencionalidad

La Corte IDH en su jurisprudencia<sup>111</sup> ha precisado los pasos a seguir por parte de la magistratura a la hora de enfrentarse a un caso concreto en que deba verificar la conformidad de la normativa nacional con la CADH y su jurisprudencia. Este modelo puede ser mirado desde la perspectiva del juez como la del litigante, pues a este último le permitirá tener claridad en cuanto al sustento normativo y lógico en que debe basar sus alegaciones en materia de derechos humanos. Así, los pasos a seguir serían los siguientes:

---

<sup>111</sup> Este esquema se puede extraer del razonamiento realizado por la Corte IDH en: "*Caso Boyce y otros vs. Barbados*". Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrs. 77-78.

- i. En primer lugar, se deben determinar los hechos relevantes sobre los cuales debe tomarse una cierta decisión.
- ii. Luego, en virtud de los hechos analizados, se debe verificar cuáles son las normas a utilizar y aquí es donde tiene aplicación lo que hemos estudiado a propósito del Bloque de Constitucionalidad, pues a través de éste se permite la incorporación de derechos consagrados internacionales o se complementa la normativa interna. Así, se robustece o amplía el sistema normativo aplicable pues no sólo queda limitado a las normas de origen interno (constitucional, legal y reglamentario) sino que también aquellas de origen internacional que han sido recepcionadas internamente.
- iii. Finalmente, teniendo en consideración el marco normativo a aplicar en un caso de derechos humanos, se puede realizar el juicio de convencionalidad, esto es, efectuar un ejercicio interpretativo para aplicar las normas a la situación concreta, de manera que este ejercicio de adjudicación sea compatible con las obligaciones que impone la CADH. Para realizar este ejercicio interpretativo, se puede utilizar todo lo que hemos dicho acerca de la interpretación de las normas en materia de derechos humanos, es decir, utilizar una interpretación *pro persona*, *dinámica* e *integral*<sup>112</sup>. En el caso en que el juez se encuentre facultado para expulsar la norma contraria a la Convención, lo puede hacer dejando prevalecer la aplicación del DIDH, sin embargo, como hemos señalado en reiteradas oportunidades, aquello sólo se podrá realizar si está dentro de las competencias del juzgador.

Un ejemplo de la forma concreta en que se da el análisis que hemos explicado es el *Caso Boyce y otros vs. Barbados* (2007). En este caso, la Corte IDH observa que la jurisdicción interna había hecho un análisis sólo constitucional, donde no se consideraron las obligaciones del Estado en relación a la CADH. Se señaló que la jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma era constitucional o no, sino también se debía analizar si la ley esgrimida violó o no la Convención:

“El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención [...]”<sup>113</sup>.

A continuación estudiaremos de qué manera los tribunales de justicia nacionales han hecho uso del modelo planteado en materia de control de convencionalidad.

#### 4.4.2 Jurisprudencia chilena

Siguiendo el esquema planteado anteriormente, los tribunales nacionales han hecho uso del juicio de convencionalidad dando concreción a la obligación de garantía, ya sea mediante la preferencia de la norma internacional o a través de un ejercicio de interpretación. Como veremos, las materias en que se ha realizado el control de convencionalidad abarcan temas tales como el debido proceso, el derecho de familia, los derechos indígenas, la justicia juvenil, entre otros. También cabe recalcar que el control se realiza en todos los niveles de

<sup>112</sup> Ver, en Capítulo I apartado 2.3.1 (b).

<sup>113</sup> Corte IDH. “*Caso Boyce y otros vs. Barbados*”. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrs. 77-78.

la judicatura, desde los tribunales de base hasta los tribunales superiores. En lo sucesivo, haremos referencia a algunas materias en que se ha aplicado el modelo teórico estudiado:

a. *Debido proceso*: En materia de debido proceso, podemos destacar una decisión de la Corte de Apelaciones de La Serena<sup>114</sup>, que confirma y hace suyos los argumentos de la dictada por el Juzgado de Garantía de Coquimbo<sup>115</sup>, que versa sobre la garantía del “plazo razonable”. En efecto, esta decisión hace aplicación del control de convencionalidad, al interpretar el plazo de la prisión preventiva, a la luz de la lógica de aplicación que ha tenido esta garantía en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El debate en este caso se originó a propósito de la solicitud de la defensa de la revocación de una prisión preventiva que se extendía por más de nueve meses. En dicho contexto, el juez de oficio llamó a las partes a debatir acerca del artículo 7.5 de la CADH.

En esta primera etapa del análisis, ya vemos que hay una aplicación de los dos primeros estadios del modelo teórico (ampliación del espectro normativo). En efecto, el juez analizó los hechos en cuestión y consideró dentro de la normativa aplicable la CADH a efectos de solucionar el conflicto, en ese sentido se señala:

“El artículo 7 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, regula el derecho a la libertad personal y, tras asegurar que ‘toda persona tiene derecho a la libertad’ en su numeral 5 establece que ‘toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso’.

Estas alternativas, presentes en la Convención Americana, Europea y Pacto Internacional de Derechos Civiles y enfatizada por lo expuesto en el 8º Congreso de la Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, no traducen una opción para los Estados, sino que un compromiso ineludible, y conlleva implícito en su sustancia que el transcurso del tiempo –una vez traspasado un determinado umbral de razonabilidad– aun cuando subsistan materialmente los motivos que se tuvieron en vista al decretar la medida cautelar, los torna por sí solos insuficientes”<sup>116</sup>.

Luego, en la resolución acerca del fondo del asunto, la jueza hace suya la lógica de la fundamentación de la garantía, según como ha sido desarrollada por la jurisprudencia del sistema interamericano, lo que constituye el fondo del análisis del control de convencionalidad, ya que en un caso concreto se interpreta una garantía teniendo como parámetro la CADH y su interpretación. Destaca también que en este ejercicio la magistratura hace suyas las obligaciones internacionales del Estado<sup>117</sup>:

“A estas alturas del análisis, la pregunta pertinente es, ¿cómo ha de resolverse la alternativa ineludible presentada por el artículo 7.5, esto es, el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso?

La misma Corte ha sostenido que no puede fijarse abstractamente un plazo a considerarse razonable en general respecto de la duración de los procesos, sino que, muy por el contrario, es necesario pronunciarse en cada caso específico, tomando en consideración entre otros

<sup>114</sup> Corte de Apelaciones de La Serena. Sentencia de 17 de febrero de 2004, Rol No. 16-2004.

<sup>115</sup> Juzgado de Garantía de Coquimbo. Resolución audiencia de revisión de prisión preventiva, 9 de febrero de 2004, RIT 1239-2003.

<sup>116</sup> *Ibidem*, considerando 4.

<sup>117</sup> Juzgado de Garantía de Coquimbo. Resolución audiencia de revisión de prisión preventiva, 9 de febrero de 2004, RIT 1239-2003, considerandos 8, 9 y 10.

parámetros, la complejidad del caso, actividad procesal del interesado y conducta de las autoridades involucradas en la persecución penal.

Este caso se refiere a un ilícito contemplado en la ley de drogas en que se ha detenido al imputado en flagrancia el 30 de abril de 2003 e incautado, a sus resultados, 11 gramos de pasta base de cocaína y 55 gramos de marihuana, datos que no lo hacen parecer, en un primer análisis, un caso de mayor complejidad y que por lo mismo dio lugar a que se fijara, en su oportunidad, a propuesta de la defensa y sin oposición del Ministerio Público un plazo de seis meses para el cierre de la investigación, que contribuye para nuestros efectos, a proporcionar un parámetro de razonabilidad respecto de la duración de este proceso.

Así las cosas, la alternativa planteada por el artículo 7.5 de la Convención Americana ha de ser resuelta a favor del imputado, pues el tiempo que ha permanecido sometido a encarcelamiento previo a la sentencia desborda, con creces, el plazo que aparece razonable en el caso concreto para ser juzgado, por lo que surge a su respecto, el derecho a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

Con esta decisión velamos, además, por la vigencia del artículo 1.1 de la aludida Convención en virtud del cual los estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, que implica un deber de los estados de organizar un aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

En este primer ejemplo, hay un juicio de convencionalidad que –utilizando la hermenéutica– intenta compatibilizar la normativa nacional con la garantía del plazo razonable desarrollada por el sistema interamericano.

Para analizar estas materias desde la perspectiva del DIDH, resulta de utilidad seguir el siguiente esquema. Tomaremos como ejemplo el derecho de defensa:

Argumentación desde la Constitución

¿Cuál es el derecho afectado por los hechos del caso concreto?

Este derecho de defensa es parte sustancial del debido proceso, el que se encuentra consagrado en la Constitución (art. 19.3) y se ve complementado con las normas internacionales en materia de derechos humanos (según la norma de reenvío del art. 5° inc. 2).

La concreción legal de este principio constitucional se encuentra en el art. 8 del Código Procesal Penal y en la regulación de los medios de garantía procesales. Asimismo, son aplicables en la especie los arts. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por tanto, si en el caso concreto no se han considerado todos los estándares que se desprenden de estas normas, se ha incurrido en una infracción legal, constitucional y, por lo tanto, se están incumpliendo las obligaciones internacionales del Estado chileno.

*b. Deudas previsionales:* La Ley No. 17.322, que fija normas para la cobranza judicial de imposiciones, aportes y multas de las instituciones de previsión, contempla en su artículo 12, la posibilidad de que un empleador que no consigna las sumas descontadas de cotizaciones previsionales de sus trabajadores y sus reajustes e intereses penales, en un plazo determinado, será apremiado con arresto, hasta por quince días. Este apremio se puede repetir hasta obtener el pago de las sumas retenidas o que han debido retenerse.

Respecto de este artículo, en la sentencia de 9 de mayo de 2005<sup>118</sup>, recaída en la apelación del recurso de amparo interpuesto a favor de Wilfredo Antilef Sanhueza (“Caso Antilef”), la Corte Suprema discutió su compatibilidad con el artículo 7 de la CADH, referido a la prisión por deuda y el artículo 11 del PIDCP. Las disposiciones internacionales fueron invocadas por los recurrentes para solicitar la libertad de Wilfredo Antilef, quien había sido arrestado por no pagar las cotizaciones previsionales de los trabajadores.

Al respecto, la Corte Suprema señaló:

“Atendido el mérito de los antecedentes y estimándose que el apremio decretado constituye una amenaza ilegítima a la libertad personal de la recurrente, ya que el pago compulsivo de una cotización previsional deriva de una actuación que importa una prisión por deuda que en nuestro sistema jurídico está proscrito, en atención a lo dispuesto en el artículo 7º, Nº 7 del Pacto de San José de Costa Rica, en relación a lo establecido en el artículo 5º de la Constitución Política de la República, se revoca la resolución apelada de dos de mayo del año en curso, escrita de fojas 8 a 10 y, en su lugar se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto a fojas 1, en favor de Wilfredo Antilef Sanhueza, debiendo dejarse sin efecto la orden de arresto despachada en su contra para el cobro de cotizaciones previsionales”<sup>119</sup>.

En este caso, vemos otra variante en la aplicación del control de convencionalidad. En concreto, la Corte Suprema hace aplicación del control a través del mecanismo de preferencia de la norma internacional, por sobre la nacional, dejando en inaplicación el artículo 12 de la Ley 17.322.

c. *Pueblos indígenas*: Esfuerzos similares se han realizado en materia de pueblos indígenas a propósito de la aplicación del Convenio 169 de la OIT. Este Convenio es el único instrumento internacional de carácter convencional que se encarga de regular sistemáticamente los derechos de los pueblos indígenas y establece importantes obligaciones para el Estado en esta materia. Pese a que la jurisprudencia no ha sido uniforme en cuanto a su valor jurídico, encontramos sentencias que realizan el juicio de convencionalidad respecto del Convenio, interpretando la normativa penal e indígena nacional, a la luz de las obligaciones que establece dicho instrumento.

Un ejemplo de ello es el denominado caso “*La Pastora*”. Los hechos que originaron este caso ocurrieron el año 2007, cuando Gabriela Blas Blas (aymará) denunció ante Carabineros la pérdida de su hijo mientras ella pastoreaba en la zona altiplánica. Circunstancias posteriores develaron la muerte del menor, lo que llevó a Gabriela Blas Blas a ser juzgada en sede penal. Lo interesante de este caso radica en que la defensa introdujo la vigencia del Convenio 169 de la OIT que obliga a los Estados a considerar las variables interculturales en los juicios en que se someta a los integrantes de pueblos indígenas y sobre este punto los defensores penales públicos alegaron que los hechos se dieron en el contexto de la práctica de una costumbre ancestral de pastorear junto con los hijos.

Pese a que la utilización del Convenio 169 de la OIT no redundó en un juicio de convencionalidad a favor de la imputada<sup>120</sup>, resulta relevante destacar que el tribunal al

<sup>118</sup> Corte Suprema. Sentencia de 9 de mayo de 2005, Rol No. 2006-2005.

<sup>119</sup> Ídem.

<sup>120</sup> En efecto, se condena a la imputada a doce años de presidio mayor en su grado medio, por su participación en calidad de autora en el delito de abandono de un menor de diez años en lugar solitario, con resultado de muerte.

momento de analizar la normativa nacional respecto a la costumbre indígena, realizó un juicio de convencionalidad al cotejar las normas con el Convenio 169 de la OIT<sup>121</sup>:

“Que es necesario pronunciarse respecto de la aplicación de la ley indígena, número 19.253 y las normas relativas al Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Al respecto es del caso señalar, que en Chile se regula de manera genérica la situación de los pueblos indígenas, aplicando las garantías y derechos constitucionales comunes a todo ciudadano. No obstante, el artículo 5 de la Carta incorpora a ésta los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, a través de los cuales se reconoce el deber de los Estados de considerar y proteger las culturas de las minorías étnicas que se encuentran en sus territorios, por lo demás Chile ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, a nivel interno, rige la Ley Indígena, la que estipula en el artículo 54, el derecho de hacer valer la costumbre en los juicios siempre que ésta no contravenga la Constitución. También la ley otorga la facultad a los jueces de aplicar como eximente o atenuante de responsabilidad la costumbre indígena, por su parte el convenio 169 establece que debe tomarse en consideración el derecho consuetudinario de los pueblos, respetando así el derecho de éstos ha [sic] conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los pactos internacionales reconocidos”<sup>122</sup>.

Al realizar un ejercicio de convencionalidad respecto del Convenio 169, se adquieren importantes herramientas para avanzar hacia una protección integral de los derechos de los pueblos indígenas. Particularmente, a través de los artículos 8 a 10 del Convenio se faculta a los tribunales de justicia a hacer una aplicación de la ley penal tomando en consideración las particularidades culturales de los pueblos indígenas, así como preferir las formas de justicia propias de cada comunidad. Asimismo, se contempla la preferencia de las penas no privativas de libertad cuando ello sea posible. Un ejemplo concreto de ello es la posibilidad de argumentar el respeto por las decisiones de los pueblos indígenas en el marco de la justicia comunitaria y permitir el sobreseimiento de causas penales en la justicia estatal, así como realizar un cambio en la aplicación de determinadas tipologías penales en base a particularidades culturales.

*d. Derechos de las niñas y niños:* La Convención sobre los Derechos del Niño/a y, en especial, el concepto de “*interés superior del niño/a*” ha recibido una amplia aceptación por parte de las Cortes de Apelaciones del país, que no han vacilado en aplicarla tanto en causas que versan sobre adopciones, alimentos, tuición y custodia como en causas penales<sup>123</sup>. En dichos casos, el control de convencionalidad ha consistido en interpretar la normativa nacional a la luz de los principios internacionales, de manera de dar cumplimiento a la obligación de garantía del Estado.

<sup>121</sup> Esfuerzos similares se han realizado a propósito de la aplicación del Convenio 169 de la OIT, para dotar de contenido al concepto “tierra” o para poner de relieve el deber de consulta previa: Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 16 de septiembre de 2009, Rol No. 773-2008; Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 20 de enero de 2012, Rol No. 349-2011.

<sup>122</sup> Tribunal Oral en lo Penal de Arica. “*Caso La Pastora*”. Sentencia de 11 de octubre de 2010, RUC 0710014873-5, considerando 14.

<sup>123</sup> Ver por ejemplo: Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 3 de junio de 1998, Rol No. 166-1998, Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 3 de mayo de 2002, Rol No. 1670-2001, Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 2 de enero de 2002, Rol No. 4903-2000.

Cabe destacar el fallo de un recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago respecto de la situación en que se encontraba un grupo de jóvenes recluidos en el Centro de Detención Preventiva Santiago Sur y del trato y los castigos a que podían ser sometidos. En concreto, la sentencia ordena adecuar “la medida cautelar de la prisión preventiva a las disposiciones internacionales ratificadas por Chile y que se encuentren vigentes”<sup>124</sup>, fundándose en la Convención sobre Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad, incorporadas a la normativa interna de Gendarmería. Así, vemos que en este caso el juicio de convencionalidad obliga a adecuar los actos del Estado a la normativa nacional, tal como hemos explicado en el modelo teórico.

Asimismo, se ha utilizado el análisis del control de convencionalidad en materia de responsabilidad penal adolescente, particularmente a través del uso de la Convención de Derechos del Niño, a fin de precisar los estándares de determinación de la pena<sup>125</sup>. Destaca también la sentencia Rol No. 787-2007 del Tribunal Constitucional Chileno, que pese a desestimar el recurso invocado realiza un análisis de la compatibilidad de la normativa nacional con las obligaciones del Estado<sup>126</sup>.

Estos ejemplos dan cuenta de las principales áreas en donde la jurisprudencia chilena ha utilizado el control de convencionalidad para interpretar los derechos fundamentales desde la perspectiva del DIDH; no obstante lo anterior existen otras áreas o materias específicas en donde ha existido un desarrollo en este sentido, tales como el derecho a la libertad personal, derechos de las mujeres, entre otros.

## 5. ¿CÓMO ENFRENTAR UN CASO DE DERECHOS HUMANOS?

El objetivo de este capítulo ha sido servir de guía para conocer el estado actual de la protección de los derechos fundamentales en Chile, desde una mirada basada en la interacción entre el DIDH y el derecho interno. En materia de derechos humanos, trabajar en el plano teórico es importante; es relevante poder fijar ciertos criterios, parámetros y ciertas definiciones generales que nos permitan comprender el marco teórico en el que se desarrolla la temática de los derechos fundamentales. Sin embargo, el momento verdaderamente crucial en el ámbito de la protección de los derechos humanos se encuentra en la práctica, es decir, cuando nos enfrentamos a un caso concreto donde puede haber una violación de derechos humanos.

En este apartado, proponemos una minuta que nos permitirá afrontar un caso de derechos humanos, a partir de la base teórica que hemos visto a lo largo de este capítulo. Así,

<sup>124</sup> Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia Rol No. 53.423-2002, considerando 10.

<sup>125</sup> Por ejemplo: Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Sentencia de 5 de junio de 2009, RIT No. 62-2009; y, Corte Suprema. Sentencia de 14 de julio de 2008, Rol No. 316-2008.

<sup>126</sup> Dicho recurso pretendía la declaración de inconstitucionalidad del artículo único No. 3 del proyecto de ley modificatorio de la ley 20.084, que dejaba como única penalidad para el tramo de más de 5 años de sanción, la cárcel. Dicha normativa es incompatible con la Convención de Derechos del Niño que establece en su artículo 37 que las penas privativas de libertad son sanciones que pueden utilizarse sólo como medida de último recurso.

incorporaremos de manera práctica lo estudiado y analizaremos paso por paso los aspectos relevantes a tener en consideración para enfrentar de manera integral un caso práctico.

### 5.1 Minuta práctica para enfrentar un caso de derechos humanos

El ejercicio que se propone a continuación requiere de un conocimiento teórico previo y exige manejar un marco normativo y doctrinario que permita posteriormente identificar los problemas jurídicos del caso en estudio. A continuación mencionaremos uno a uno los elementos claves para una adecuada lectura y resolución de un caso de derechos humanos.

#### *a. Determinar los derechos violados en un caso concreto*

Al examinar un caso desde el punto de vista de los derechos humanos, lo primero que se debe hacer es identificar qué derecho está afectado, para lo cual será preciso analizar cuidadosamente los hechos del caso. Este ejercicio nos permitirá saber qué artículo o disposición se va a aplicar para resolver el caso concreto. Para esto, es importante conocer los derechos fundamentales que reconoce nuestro sistema jurídico, entre los que se encuentran los consagrados en el DIDH, como hemos visto, a propósito de la incorporación de los tratados internacionales.

#### *b. Determinar el contenido y alcance del derecho a la luz de la jurisprudencia y la doctrina*

Al momento de determinar el contenido y alcance tanto de los derechos humanos consagrados, como de los compromisos internacionales del Estado, debemos prestar atención a los parámetros o estándares que entregan los órganos de protección de derechos humanos que los propios Estados han creado con ese fin y que integran el sistema internacional de derechos humanos. Este sistema no sólo busca garantizar el goce de aquellos cuando el Estado falla internamente en dicha labor, sino que también se ha establecido para proporcionar al Estado una guía de lectura e interpretación de estos derechos, para efectos de su aplicación en el ámbito interno.

En este sentido, el alcance de los derechos protegidos y las obligaciones estatales deben enriquecerse con aportes tanto del ámbito internacional como del ámbito interno. Ambos sistemas han de ser vistos como un cuerpo de garantías de derechos y no como dos entes absolutamente separados, como hemos visto a propósito del estudio del Bloque de Constitucionalidad. En efecto, el DIDH es parte de un cuerpo de garantías de derechos fundamentales que viene a complementar lo que se hace en el ámbito interno: aporta criterios de interpretación y también establece mecanismos de garantía de los derechos.

Tener en consideración estos elementos, es relevante a la hora de realizar un examen de un caso de derechos humanos. En Chile, la jurisprudencia de la Corte IDH y el desarrollo de los estándares de la CADH han sido recogidos progresivamente por los tribunales nacionales, como vimos en los casos analizados precedentemente.

#### *c. Fijar las obligaciones concretas del Estado en el caso*

Para determinar claramente a qué se ha comprometido el Estado al asumir obligaciones en materia de derechos humanos, debemos considerar que existen tres obligaciones

generales ampliamente reconocidas en los instrumentos internacionales. En primer lugar, los Estados se comprometen a *respetar* los derechos, esto es, a no vulnerarlos a través de órganos y aparatos del Estado, directamente por una acción u omisión. Pero además de esta obligación de respeto, pesa sobre ellos la obligación de *garantizar* los derechos. Esta última supone una exigencia más amplia que importa organizar toda la función estatal para asegurar de manera efectiva el pleno goce de los derechos. Finalmente, los Estados se comprometen a *no discriminar* en el ejercicio de los derechos.

Entonces, una vez que hemos identificado un derecho afectado y hemos integrado el contenido y alcance de éste con las obligaciones internacionales que ha contraído el Estado, podremos responder a la preguntas ¿Qué significa respetar y garantizar el derecho en cuestión a la luz de los criterios y estándares que los diferentes órganos de protección han entregado? ¿Qué debía respetar y cómo, y qué medidas efectivas adoptó el Estado para garantizar tales derechos?

**d. Establecer si estamos ante una afectación legítima por concurrir en la especie alguna forma de límite legítimo: restricción y suspensión de derechos a la luz de las normas internacionales**

Una cuestión relevante para determinar si nos encontramos ante un caso de violación de derechos humanos, es identificar si estamos ante una afectación legítima de los derechos, porque en un caso concreto puede ocurrir que pese a que un derecho sea afectado, esto no constituya una violación. Esto se explica, porque los derechos que el Estado se obligó a respetar y garantizar a veces pueden ser objeto de restricciones o suspensiones legítimas y en tales circunstancias ellos resultarán afectados, pero no vulnerados. Las condiciones bajo las cuales un derecho puede ser legítimamente restringido o suspendido han sido definidas por el DIDH y consagradas en los Tratados sobre la materia<sup>127</sup>. En síntesis, una vez identificado el derecho y claras las posibles restricciones y suspensiones que el Estado puede imponer –de acuerdo a las obligaciones que éste ha contraído– es necesario proceder a examinar si la restricción o suspensión que se aplicó es legítima o si, por el contrario, constituye una violación. Para ello, ayudan las siguientes preguntas:

En el caso de las restricciones:

- ¿Había una ley que permitiera la restricción?
- ¿Era el objetivo invocado para restringir el derecho uno de los que se podría utilizar legítimamente para restringir en virtud de los instrumentos internacionales?
- ¿Era la restricción conducente para conseguir el objetivo invocado?
- ¿Era proporcional?
- ¿No había otra alternativa para conseguir el objetivo que no fuera esa restricción del derecho?

En el caso de las suspensiones:

- ¿Estamos ante un derecho que puede ser objeto de suspensión?
- Si es un derecho suspendible ¿se cumplieron las formalidades para la suspensión del derecho?
- ¿Es la suspensión una medida proporcional?
- ¿Es la medida de suspensión conducente para conseguir el objetivo invocado?
- ¿Se ha informado a la ciudadanía adecuadamente del alcance de la suspensión?

<sup>127</sup> Un estudio completo acerca de las restricciones y suspensiones en: NASH, Claudio. *El sistema interamericano de derechos humanos en acción, aciertos y desafíos*. op. cit., p. 40.

Finalmente, si tras estas preguntas determinamos que no estamos ante un límite legítimo de restricción o suspensión de derechos, hay una violación y los hechos concretos contradicen las normas internacionales.

Como vimos anteriormente, una de las principales consecuencias que tiene para el Estado asumir obligaciones internacionales, es que su incumplimiento trae consigo la determinación de su responsabilidad, lo que es importante de dejar en evidencia en un caso de derechos humanos a efectos de solicitar medidas concretas para la reparación del daño causado y el restablecimiento del derecho.

Hasta este punto hemos identificado un derecho que se ha visto afectado, determinamos su contenido y hemos establecido a qué se obligó el Estado con respecto a este derecho. Pero para concluir que el Estado ha comprometido su responsabilidad internacional por la vulneración del mentado derecho, es necesario contar con algún elemento que nos permita atribuirle esa responsabilidad. Esto es, debemos constatar la existencia de una determinada acción u omisión que vincule al Estado con la supuesta violación del derecho. Preguntas como las siguientes pueden ayudarnos a encontrar el nexo de imputación que buscamos: ¿hay un problema con la legislación del Estado?; ¿es un problema de aplicación del Poder Ejecutivo?; ¿es la causa de la violación una errada interpretación del Poder Judicial?, ¿cómo es el proceso y el acceso a la justicia?

De lo anterior se desprende que, para concluir que se ha comprometido la responsabilidad internacional del Estado, es preciso, por una parte, verificar la existencia de determinados hechos que configuren una violación de derechos y, por otra, se requiere además que tales presupuestos fácticos puedan ser atribuidos al Estado. Para tal efecto, cobra relevancia la pregunta acerca de quién ha actuado o dejado de actuar, pues si aquel ha sido un agente del Estado normalmente podremos afirmar su responsabilidad internacional.

Una vez efectuado todo este análisis, podremos corroborar si finalmente se han verificado determinados hechos que constituyen la violación de un derecho, a la luz de las obligaciones internacionales del Estado y en el marco de sus legítimas posibilidades de restricción y suspensión. Determinada esta responsabilidad, recordemos que, como vimos en el apartado de responsabilidad internacional del Estado, surge una obligación compleja para el Estado infractor. Por una parte, debe cumplir con la obligación primaria; y, por otra, debe reparar a las víctimas.

Para el litigante en derechos humanos es relevante tomar en consideración este punto, pues al momento de plantear peticiones concretas ante los tribunales de justicia, deberá solicitar las medidas de reparación conducentes a resarcir el daño causado por la violación<sup>128</sup>.

En este punto, nos ayudará formularnos algunas preguntas tales como ¿cuál es el tipo y entidad del daño que corresponde reparar?, ¿qué medidas se deben adoptar para hacer efectiva la reparación?

---

<sup>128</sup> Un estudio completo de las medidas de reparación que han sido desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte IDH. En: NASH, Claudio. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, op. cit.

## 6. CONCLUSIONES

Lo que hemos intentado en este estudio es ilustrar el panorama de la protección de los derechos fundamentales en Chile, desde una perspectiva normativa y funcional, que incorporara una visión integral de la protección de los derechos humanos desde la interacción entre el DIDH y el derecho interno.

Desde fines del S. XX ha existido un creciente desarrollo del DIDH que se ha traducido en la creación de catálogos de derechos humanos y mecanismos de protección. Esto ha redundado en la necesidad de comprender la relación existente entre el sistema de protección nacional e internacional, a la hora de enfrentar un caso de derechos humanos. Así, vimos que dicha relación es de interacción recíproca en el desarrollo de derechos, estándares y mecanismos de protección.

En el caso de Chile, los tratados internacionales que consagran normas de derechos humanos, una vez ratificados y vigentes gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Constitución Política. Esto trae importantes consecuencias para el Estado de Chile, ya que surgen obligaciones cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado (obligación de respeto, garantía y no discriminación), respecto de un amplio espectro normativo en materia de derechos fundamentales (se agregan a este acervo normativo todas las normas de derechos humanos consagradas en tratados internacionales, así como la interpretación que de dichos instrumentos realizan los órganos de protección).

Junto con el estudio de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, era necesario dilucidar a través de qué herramientas se introducen de manera práctica en nuestro ordenamiento jurídico los derechos y libertades fundamentales consagradas en instrumentos internacionales. Un elemento fundamental para dar concreción a esta tarea es la utilización de la figura del "Bloque de Constitucionalidad", de manera de perfeccionar la protección de los derechos fundamentales a través de su utilización tanto como elemento hermenéutico (complementando la interpretación de derechos consagrados constitucionalmente), elemento integrador (incorporando derechos que no se encuentran en el catálogo constitucional) y como parámetro de constitucionalidad. En esta línea, encontramos jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional de nuestro país. Desde la perspectiva del litigante en derechos humanos, una mirada desde el Bloque de Constitucionalidad permite ampliar las posibilidades de actuación en el derecho interno incorporando estándares internacionales.

Asimismo, para dar una visión integral del proceso de utilización de estándares internacionales, estudiamos el control de convencionalidad como mecanismo del que disponen los operadores de justicia para verificar la conformidad de las normas nacionales con la CADH y su jurisprudencia, permitiendo al Estado concretar la obligación de garantía en el ámbito interno. Este ejercicio normativo ha sido utilizado por los tribunales nacionales en materia de pueblos indígenas, debido proceso, derechos del niño, libertad personal, entre otros. Esto da cuenta de un paulatino avance hacia un sistema integral de protección de los derechos humanos, que alcanza la normativa nacional e internacional.

Finalmente, una de las formas de dar efectividad al estudio de la interacción entre el DIDH y el derecho interno, es conocer la manera de enfrentar un caso de derechos humanos con las herramientas que proporciona el conocimiento de los tratados

internacionales, el uso del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Así, lo importante es determinar los hechos violados en un caso concreto, el contenido y alcance del derecho a la luz de la jurisprudencia y doctrina, las obligaciones concretas del Estado en el caso y establecer si nos encontramos ante una afectación legítima o violación de un derecho.

## 7. BIBLIOGRAFÍA CITADA EN ESTE CAPÍTULO

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- AGUILAR, Gonzalo. "La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: Un proceso esperanzador". En: *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca 7 (1), Santiago, 2009.
- BAYEFSKY, Anne. "The principle of equality or non-discrimination in international law" En: *Human Rights Law Journal*, 11 (1), Oxford University Press, 1990.
- BENADAVA, Santiago. "Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos". En: Avelino León Steffens (Coordinador), *Nuevos desafíos del derecho internacional.*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Derecho internacional público*. Quinta edición, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1999.
- CANÇADO, Antonio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- CASTILLA, Karlos. "El control de convencionalidad: Un nuevo debate en México a partir de la sentencia Radilla Pacheco". En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Vol. XI), México, 2001.
- DAVID, Valeska y NASH, Claudio. "Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos". En: NASH, Claudio y MUJICA, Ignacio. *Derechos humanos y juicio justo*. Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, 2010.
- DE ANGEL, Ricardo. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1995.
- DETZNER, John. *Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno chileno*, Comisión Chilena de Derechos Humanos y Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo Cristiano, Santiago, 1988.
- DULITZKY, Ariel. "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano". En: Estudios especializados de derechos humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo I, año 1996.
- FAVOREU, Louis. *Ponencia francesa*. En: El Bloque de Constitucionalidad, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991.
- \_\_\_\_\_. "El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y en Europa" (Trad. Jérôme Tremeau, Ángel Sánchez y María Torres). En: *Problemas actuales del Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.
- GARCÍA, Ana María. "Tratados internacionales según la reforma del 2005". En: *Revista de Derecho Público* (68), Santiago, 2006.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. "Jerarquía de los tratados de derechos humanos. Análisis jurisprudencial desde el método de casos". En: *Revista de Estudios Constitucionales*, año 6 (2), Centro de Estudios Constitucionales Universidad de Talca, Santiago, 2008.
- LAWSON, Rick. "Out of Control, State Responsibility and Human Rights: Will the ILC'S Definition of the "Act of State" Meet the Challenges of the 21 st Century?"; En: CASTEMANS, M, VAN HOOF, F, SMITH, J. *The Role of the Nation State in the 21 st Century*. Kluwer Law International, 1998.

- MEDINA, Cecilia. *Constitución, tratados y derechos esenciales. Introducción y selección de textos*. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994.
- NASH, Claudio. "La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: La experiencia chilena". En: GÓMEZ, Alberto León, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Corporación Región (Medellín, Colombia), et al. *La aplicación judicial de los tratados internacionales*. Serie Democracia y Judicatura, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Segunda edición, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2009.
- \_\_\_\_\_. *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*. Editorial Porrúa, México, 2009.
- \_\_\_\_\_. "La relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos". Ponencia presentada en "Simposio Humboldt: Internacionalización del derecho constitucional-constitucionalización del derecho internacional", Universidad de Buenos Aires, octubre 2010. Disponible en: [http://www.cdh.uchile.cl/articulos/Nash/Charla\\_relacion\\_derecho\\_internacional-derecho\\_constitucional.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/articulos/Nash/Charla_relacion_derecho_internacional-derecho_constitucional.pdf)
- \_\_\_\_\_. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*. Editorial Fontamara, México, 2010.
- \_\_\_\_\_. "Las reparaciones en el caso Radilla Pacheco vs. México". En: *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, Tomo IV, Guatemala, 2011.
- NOGUEIRA, Humberto. "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno". En: *Revista Chilena de Derecho*, 23 (2), Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996.
- \_\_\_\_\_. "Reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales". En: *Revista de Estudios Constitucionales*, año 5 (1), Universidad de Talca, Santiago, 2007.
- NOWAK, M. *Introduction to the International Human Rights Regime*. Martinus Nijhoff, Oxford, 2003.
- OSPINA, Laura. "Breve aproximación al Bloque de Constitucionalidad en Francia". En: *Elementos de juicio, Revista de Temas Constitucionales*, N° 1(2), Bogotá, 2006.
- PACHECO, Máximo. "Supraconstitucionalidad de los derechos Fundamentales". En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol 20, Santiago, 1993, pp. 897-899.
- PFEFFER, Emilio. *Reformas constitucionales 2005*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- RUIZ-TAGLE, Pablo. "Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena del bicentenario". En: BORDALÍ, Andrés. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006.
- TRONCOSO, Claudio. "Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009". En: *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, año 2008.
- UPRIMNY, Rodrigo. "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal". En: O'DONNELL, Daniel, UPRIMNY, Margarita y VILLA, Alejandro (Comp.). *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Oficina Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", Colombia, 2006.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Quinta edición, Editorial Aguilar, Madrid, 1967.

#### Jurisprudencia y otros instrumentos internacionales

Corte IDH. "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras". Sentencia de 28 de julio de 1988.

Corte IDH. "Caso Barrios Altos vs. Perú". Sentencia de 14 de marzo de 2001.

- Corte IDH. "*Caso 'La Última Tentación de Cristo' (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*". Sentencia de 5 de febrero de 2001.
- Corte IDH. "*Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*". Sentencia de 7 de marzo de 2005.
- Corte IDH. "*Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*". Sentencia de 31 de enero de 2006.
- Corte IDH. "*Caso Almonacid Arellano vs. Chile*". Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Corte IDH. "*Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*". Sentencia de 24 de noviembre de 2006.
- Corte IDH. "*Caso La Cantuta vs. Perú*". Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
- Corte IDH. "*Caso Boyce y otros vs. Barbados*". Sentencia de 20 de noviembre de 2007.
- Corte IDH. "*Caso González y otras ('Campo Algodonero') vs. México*". Sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- Corte IDH. "*Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*". Sentencia de 24 de noviembre de 2009.
- Corte IDH. "*Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*". Sentencia de 1 de septiembre de 2010.
- Corte IDH. "*Caso Vélez Loor vs. Panamá*". Sentencia de 23 noviembre de 2010.
- Corte IDH. "*Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil*". Sentencia de 24 de noviembre de 2010.
- Corte IDH. "*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*". Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- Corte IDH. "*Caso Gelman vs. Uruguay*". Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- Corte IDH. "*Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*". Sentencia de 24 de febrero de 2012.
- Corte IDH. "*Otros Tratados*" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982.
- Corte IDH. "*El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*". Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982.
- Corte IDH. "*Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención*" (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994.
- Corte IDH. "*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*". Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.
- Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 5*, de 31 de julio de 1981.
- Comité de Derechos Humanos. "*Caso Massera et. al vs. Uruguay*". Comunicación No. 5/1977, dictamen de 15 de agosto de 1979.
- Comité de Derechos Humanos. "*Caso Santillo vs. Uruguay*". Comunicación No. 9/1977, dictamen de 26 de octubre de 1979.
- Comité de Derechos Humanos. "*Caso García Lanza Weismann de Lanza y Lanza Perdomo vs. Uruguay*". Comunicación No. 8/1977, dictamen de 3 de abril de 1980.
- Corte Permanente de Justicia Internacional. "*Caso Fábrica Chorzów*". Sentencia de 27 de julio de 1927.

#### **Jurisprudencia comparada**

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-295/1993 de fecha 29 de julio de 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 434/2010 de fecha 02 de junio de 2010.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. "*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*". Sentencia de fecha 24 de agosto de 2004.
- Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia 12263/2004 de fecha 29 de octubre del 2004.
- Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia 2876-2005-HC de fecha 22 de junio de 2005.

### **Jurisprudencia nacional**

- Corte Suprema. Sentencia 17 de noviembre de 2004, Rol 517-2004.
- Corte Suprema. Sentencia de 9 de mayo de 2005, Rol 2006-2005.
- Corte Suprema. Sentencia de 3 de octubre de 2006, Rol 2707-2006.
- Corte Suprema. Sentencia de 13 de diciembre de 2006, Rol 559-2004.
- Corte Suprema. Sentencia de 13 de marzo de 2007, Rol 3125-2004.
- Corte Suprema. Sentencia de 10 de mayo de 2007, Rol 3452-2006.
- Corte Suprema. Sentencia de 24 de enero de 2008, Rol 1528-2006.
- Corte Suprema. Sentencia de 29 abril de 2008, Rol 6053-2007.
- Corte Suprema. Sentencia de 04 de mayo de 2008, Rol 876-2008.
- Corte Suprema. Sentencia de 18 de junio de 2008, Rol 2054-2008.
- Corte Suprema. Sentencia de 14 de julio de 2008, Rol 316-2008.
- Corte Suprema. Sentencia de 11 de noviembre de 2008, Rol 6811-2008.
- Corte Suprema. Sentencia de 25 de mayo de 2009, Rol 696-2008.
- Corte Suprema. Sentencia de 14 de octubre de 2009, Rol 5570-2007.
- Corte Suprema. Sentencia de 13 de abril de 2010, Rol 9758-2009.
- Corte Suprema. Sentencia de 14 de diciembre de 2010, Rol 6458-2008.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso. Sentencia de 3 de junio de 1998, Rol 166-1998.
- Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 3 de mayo de 2002, Rol 1670-2001.
- Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de 2 de enero de 2002, Rol 4903-2000.
- Corte de Apelaciones de La Serena, Sentencia de 17 de febrero de 2004, Rol 16-2004.
- Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 16 de septiembre de 2009, Rol 773-2008.
- Corte de Apelaciones de Temuco. Sentencia de 20 de enero de 2012, Rol 349-2011.
- Juzgado de Garantía de Coquimbo. Resolución audiencia de revisión de prisión preventiva, 9 de febrero de 2004, RIT 1239-2003.
- Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago (5º). Sentencia de 5 de junio de 2009, RIT 62-2009
- Tribunal Oral en lo Penal de Arica. Sentencia de 11 de octubre de 2010, RUC 0710014873-5.
- Tribunal Constitucional. Sentencia de 8 de abril de 2002, Rol 346-2002.
- Tribunal Constitucional. Sentencia de 13 de mayo de 2008, Rol 933-2008.
- Tribunal Constitucional. Sentencia de 9 de agosto de 2009, Rol 1288-2009.
- Tribunal Constitucional. Sentencia de 29 de noviembre de 2009, Rol 1340-2009.
- Tribunal Constitucional. Sentencia de 2 de junio de 2010, Rol 567-2010.

CAPÍTULO II

SELECCIÓN DE NORMATIVA BÁSICA  
EN DERECHOS HUMANOS



## CAPÍTULO II

# SELECCIÓN DE NORMATIVA BÁSICA EN DERECHOS HUMANOS

Este capítulo contiene una selección de los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. A modo introductorio revisaremos brevemente el proceso de gestación de las normas internacionales, para poner en contexto su adopción por los Estados; los elementos de los sistemas internacionales, para comprender la implicancias concretas de que un país se encuentre adscrito a un sistema de protección internacional de derechos humanos; la estructura de los derechos humanos; y, finalmente, una pequeña introducción al contexto de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos en Chile.

### 1. PROCESO DE GESTACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

El principio que ha inspirado el sistema de codificación del DIDH desde sus orígenes y sobre el que se ha construido el sistema internacional en materia de derechos humanos del que Chile se ha hecho parte, es la garantía de la dignidad del ser humano, a través de ciertos derechos mínimos que le son reconocidos a los individuos por su sola condición de seres humanos. Estos derechos son universales, es decir, todos los individuos son titulares de los mismos sin necesidad de pertenecer a un cierto grupo, categoría o poseer una determinada condición. Son indivisibles, ya que son necesarios para garantizar la dignidad del ser humano. Finalmente, son inalienables, esto es, su titular no puede ser privado de estos por parte del poder estatal<sup>129</sup>. De esta forma, la idea original de los derechos individuales se fortalece y pasa a constituir una categoría especial de derechos subjetivos, con protección no sólo nacional, sino que internacional.

Dar efectividad a la protección de los derechos humanos ha sido el propósito final de todo el desarrollo del DIDH. En efecto, cada paso que se ha dado en este campo ha buscado garantizar a las personas un pleno goce y ejercicio de sus derechos individuales. Así, los catálogos y los mecanismos de control se han estructurado dando respuesta a las realidades de las violaciones de derechos humanos y, por tanto, son expresión de una mirada a la realidad desde la cual se construye el sistema.

Desde el punto de vista del derecho internacional, el sistema de codificación de los derechos y el establecimiento de los mecanismos de control buscan consagrar un orden

<sup>129</sup> NIKKEN, Pedro. *Introducción a la protección internacional de los derechos humanos*, XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, IIDH, 19 al 28 de julio de 2001, San José, Costa Rica, pp. 1-33.

público internacional centrado en la idea de los derechos humanos para garantizarlos en la realidad de cada país. La preocupación por la situación de los individuos pasa a ser un tema de interés para toda la comunidad internacional y escapa de los límites de la soberanía de los Estados.

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha señalado:

“La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre)”<sup>130</sup>.

Tanto la efectividad como el establecimiento de un sistema internacional busca la prevención de violaciones de derechos humanos. El DIDH pretende, desde sus inicios, ser una guía de los sistemas nacionales y una alternativa en caso de fracaso de las instancias nacionales. En efecto, el sistema internacional es consciente de sus limitaciones y, por tanto, no tiene pretensiones de transformarse en un sistema que reemplace a las instancias nacionales, ni un sistema que pueda resolver todos los casos de violaciones de derechos humanos.

Este propósito general puede verse reflejado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 28 señala:

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

Respecto del proceso de gestación de las normas internacionales en materia de derechos humanos, podemos afirmar que las normas de derechos humanos nacen, por lo general, como fruto de un amplio debate intelectual y de luchas de carácter social y político que persiguen obtener la aceptación social de un determinado derecho moral como un derecho subjetivo. Por tanto, esa fase de gestación inicial se da en el ámbito de lo metajurídico. En este sentido, Peces-Barba desarrolla la idea de las normas de derechos humanos como pretensiones morales positivizadas con una fuerte influencia de las realidades sociales e históricas en los procesos de gestación<sup>131</sup>.

En un segundo nivel encontramos el proceso de reconocimiento de estos derechos en instrumentos propiamente jurídicos, sean de derecho interno (Constitución, leyes) o en el Derecho Internacional (declaraciones, tratados). Sobre el alcance de estos momentos en que se positivizan los derechos, nos parece adecuada la tesis de Bruce Ackerman en orden a distinguir los momentos constitucionales de los momentos de normalidad política<sup>132</sup>. Esta distinción nos clarifica diferentes formas de positivización; en efecto, en los momentos constitucionales se consagran derechos y libertades en las constituciones o en

<sup>130</sup> Corte IDH. “Caso de los 19 Comerciantes’ vs. Colombia”. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 181.

<sup>131</sup> PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

<sup>132</sup> ACKERMAN, Bruce. “Constitutional Politics/Constitutional Law”. En *Yale Law Journal* 99 (diciembre de 1989), y luego ampliado en *We the People: Foundations*, Cambridge, Mas, Harvard University Press, Vol. I, 1991. Para una versión en español ver “Un Neofederalismo?”, En, ELSTER, J. y SLAGSTAD, R. (eds.). *Democracia y Constitución*. Fondo de Cultura Económica, México (1988) 1999.

el ámbito internacional (agregamos nosotros); en los momentos de normalidad se aplican dichos instrumentos a los casos y se legisla de forma tal de concretar dichos derechos en la realidad nacional o internacional.

Este proceso de positivización ha sido progresivo en el sistema internacional. Tanto el sistema universal –Sistema de Naciones Unidas–, como los regionales, europeo e interamericano, muestran una progresión que se manifiesta, fundamentalmente, en el paso desde declaraciones de derechos a tratados internacionales vinculantes para los Estados. El sistema internacional ha aceptado la idea de que un instrumento que se suscribe explícitamente con el objeto de que sea una declaración de principios o una recomendación de conducta de los Estados se transforme, por la fuerza de los hechos, en un documento jurídico vinculante y obligatorio, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>133</sup>.

Ahora, si bien el ordenamiento jurídico ha podido establecer obligaciones positivas, puede enfrentarse a problemas. Uno puede ser no contar con mecanismos apropiados para exigir su cumplimiento, sean de naturaleza judicial, administrativa o de otro tipo; también puede que los instrumentos no sean aplicados apropiadamente por los órganos encargados de su aplicación o control. De ahí la relevancia de un tercer momento en este proceso, cual es, la aplicación que hacen de los derechos los órganos jurisdiccionales. La eficacia de las normas puede, en estos casos requerir de nuevas actuaciones legislativas para mejorar el acceso a estos derechos y/o para concretar la vigencia de estos derechos a través de su interpretación.

## 2. LOS SISTEMAS INTERNACIONALES: SUS ELEMENTOS

La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional ha recogido ciertos elementos del derecho codificado interno de los Estados, así como elementos propios del derecho internacional público. Del derecho interno ha tomado la idea de sistematicidad a través de la codificación de los derechos; del derecho internacional ha tomado los instrumentos que estaban desarrollados en dicho campo para consagrar las obligaciones de los Estados y el desarrollo de mecanismos de garantía de dichas obligaciones.

La codificación de los derechos humanos se ha caracterizado por concurrir en su desarrollo tres elementos: normativo, orgánico y procedimental. En cuanto a lo normativo, los instrumentos internacionales han reconocido los valores y principios estructurantes (normalmente en el preámbulo), las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, los derechos y libertades garantizados, ciertos parámetros sobre interpretación y criterios normativos para las restricciones de derechos y resolución de conflictos en caso de choque de derechos.

En el ámbito de los mecanismos de protección, los instrumentos crean órganos para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán. En relación con los procedimientos, se han diseñado diversos sistemas de protección, dentro de los cuales, destacan, por ser los más usados, los informes (ya sea de

<sup>133</sup> NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Editorial Civitas, Madrid, 1987.

países o temáticos), observaciones generales (a través de las cuales los órganos entregan una guía a los Estados para interpretar las obligaciones del tratado) y procedimientos para el conocimiento de casos individuales.

A partir de esta trilogía –normas/órganos/procedimientos– es posible analizar los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. Este conjunto de elementos, es lo que podemos considerar como la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos o Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

### 3. ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Habiendo revisado las características y diseño de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, haremos referencia a la configuración de los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos internacionales, para comprender cuáles son las implicancias que su consagración debe tener para los Estados.

A continuación haremos un breve esquema sobre la forma en que debe entenderse la estructura de los derechos fundamentales, en tanto estándar normativo. Desarrollaremos (i) la forma en que se han expresado los derechos consagrados en los instrumentos internacionales; (ii) los principios que prevalecen en el derecho internacional de los derechos humanos y (iii), finalmente, se formularán algunas reflexiones sobre el valor de la dignidad humana en el derecho internacional de los derechos humanos.

i. En primer lugar, debe tenerse claro que tanto las reglas como los principios son normas. Los principios son mandatos de optimización, esto es, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas; pueden ser satisfechos gradualmente y teniendo en consideración posibles principios opuestos. Por su parte, las reglas son mandatos definitivos y, por tanto, siempre estarán cumplidas o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. No son objeto de ponderación y no la necesitan; su criterio será la preeminencia (jerárquica, cronológica, material, especialidad, entre otras)<sup>134</sup>.

En segundo lugar, los sistemas relativos a normas *iusfundamentales* pueden expresarse de distintas formas. Pueden expresarse como sistema de principios, sistema de reglas y sistema de principios y reglas, lo que constituye un sistema complejo de normas<sup>135</sup>.

Los sistemas normativos internacionales, vinculados con derechos individuales, se expresan mediante sistemas complejos de normas, que comprenden principios y reglas. Estos sistemas complejos tienen ventajas frente a modelos puros de reglas o principios. La ventaja frente a un modelo puro de principios es que un sistema como el descrito no afecta la seguridad jurídica; frente a un sistema puro de reglas, el sistema complejo tiene la ventaja que supera los problemas de lagunas.

En un sistema normativo complejo –como el que se ha descrito– es posible suponer que se produzcan conflictos entre las normas de una misma naturaleza o jerarquía. Estaremos ante una antinomia o conflicto constitucional (contradicción normativa) cuando

<sup>134</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

<sup>135</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...op. cit.*

frente a una misma condición fáctica se imputan consecuencias incompatibles, esto es, se presentan diferentes orientaciones que no son posibles de ser observadas simultáneamente<sup>136</sup>. La forma en que el derecho resuelve estas situaciones estará determinada directamente por el tipo de norma que esté en conflicto:

- Los conflictos entre principios se resuelven a través de mecanismos de ponderación (por ejemplo eficacia penal vs. derecho a la vida o integridad), y
- Los conflictos entre reglas se resuelven a través de mecanismos de preeminencia (ley que anula, ley rango superior, entre otros).

Lo relevante en el caso de los conflictos entre principios es que se trata de mandatos de optimización que se deben cumplir en la mayor medida posible y, por tanto, en un sistema coherente de normas deben convivir con otros principios y mandatos no siempre plenamente compatibles entre sí. Asimismo, los principios establecidos con rango constitucional no pueden ser declarados inválidos, ni jerarquizados como ocurren con las reglas, por lo que la resolución de los conflictos debe contemplar alguna solución que no implique la anulación o invalidez práctica de estas normas<sup>137</sup>.

ii. En los catálogos contenidos en los instrumentos del DIDH se produce una interesante confluencia de al menos tres vertientes de pensamiento: liberal, igualitaria y democrática o participativa. Por razones históricas, al momento de consagrarse en el ámbito internacional los derechos humanos estas tres vertientes habían consolidado su aporte al pensamiento jurídico y ello queda claramente reflejado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Si mirados los derechos y libertades consagrados internacionalmente, nos encontramos con derechos de libertad (tanto positiva como negativa), derechos de igualdad (ante la ley, ante otros, material), derechos de participación (derechos políticos en sentido estricto).

iii. Otro tema relevante a tener en consideración es el papel que juega la dignidad de la persona humana en el sistema normativo internacional. La dignidad es el valor hacia el cual debe propender todo el sistema normativo de derechos humanos. Esto tiene consecuencias normativas ya que este valor central funda el contenido de los derechos humanos y, por tanto, los principios de libertad, igualdad y participación deberán propender a la realización de este valor.

En cuanto a su naturaleza, la dignidad personal parece ser un valor moral que debe inspirar la interpretación de cada uno de los derechos, tanto como un meta-valor hacia el cual deben estar dirigidos los derechos fundamentales, como un criterio que sirva para una adecuada ponderación de los derechos en caso de conflictos o dudas sobre su interpretación. La dignidad es un valor y como tal, se ubica dentro de lo axiológico.

<sup>136</sup> PRIETO SANCHIS, Luis. "El juicio de ponderación". En, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 175.

<sup>137</sup> Según Prieto Sanchis "...los principios se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario". PRIETO SANCHIS, Luis, "El Juicio de ponderación"... op. cit., p. 187.