



Vniversitas
ISSN: 0041-9060
ISSN: 2011-1711
revistascientificasjaveriana@gmail.com
Pontificia Universidad Javeriana
Colombia

EL HERMETISMO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA A PROPÓSITO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*

Henríquez Viñas, Miriam Lorena

EL HERMETISMO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA A PROPÓSITO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*

Vniversitas, núm. 136, 2018

Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82555137005>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.hjcc>



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

EL HERMETISMO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA A PROPÓSITO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*

THE HERMETIC QUALITY OF THE CHILEAN
CONSTITUTIONAL JURISDICTION REGARDING
THE CONVENTIONALITY CONTROL

Miriam Lorena Henríquez Viñas ^a mhenriqu@uahurtado.cl
Universidad Alberto Hurtado, Chile

 <http://orcid.org/0000-0002-5900-9347>

Vniversitas, núm. 136, 2018

Pontificia Universidad Javeriana,
Colombia

Recepción: 23 Febrero 2017

Aprobación: 10 Julio 2017

Publicación: 30 Marzo 2018

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.hjcc>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82555137005>

Financiamiento

Fuente: Fondecyt Regular de la Comisión
Nacional de Investigación Científica y
Tecnológica

Nº de contrato: 1160953

Resumen: El presente trabajo de investigación analiza cómo el diseño constitucional chileno incide tanto en el ejercicio del control de convencionalidad por el órgano de justicia constitucional, como en el diálogo entre el Tribunal Constitucional chileno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y en la consiguiente contribución a la conformación del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano. La insularidad de la Constitución Política de la República de Chile en relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha determinado una posición hermética de la jurisdicción constitucional respecto al ejercicio del control de convencionalidad. Lo anterior se constata mediante un análisis del articulado constitucional, mediante un estudio de la doctrina y de la jurisprudencia sobre la recepción del bloque constitucional de los derechos como parámetro del control de constitucionalidad y por medio de un examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre sus competencias para ejercer el control de convencionalidad.

Palabras clave: control de convencionalidad, cláusulas constitucionales de apertura, diálogo interjurisdiccional, *Ius Constitutionale Commune*.

Abstract: This research work examines how the Chilean constitutional design affects, on one hand, the exercise of the conventionality control by the constitutional justice body, like in the dialog between the Chilean Constitutional Court and the Inter-American Court for Human Rights; and on other hand, the consequent contribution to the building of the Latin American *Ius Constitutionale Commune*. The isolated condition of the Constitution of the Republic of Chile regarding the International Human Rights Law has brought the constitutional jurisdiction to a hermetic position regarding the conventionality control exercise. All the foregoing is verified with an analysis of the constitutional articles; the study of the doctrine and jurisprudence concerning how the constitutional legislators received the human rights as a benchmark for the constitutional control; and the examination of the jurisprudence by the Chilean Constitutional Court regarding the competences to exercise the conventionality control.

Keywords: conventionality control, constitutional provisions for opening, inter-jurisdictional dialog, *Ius Constitutionale Commune*.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. ¿ESTÁN PRESENTES LOS ELEMENTOS DE CONVERGENCIA DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN EL DISEÑO CONSTITUCIONAL CHILENO? LA INSULARIDAD DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. II. ¿EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO CONSIDERA EL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS COMO PARÁMETRO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD? III. ¿EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE EJERCE ENTRE SUS COMPETENCIAS EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD? CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Cierto sector de los estudiosos del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos estima que el control de convencionalidad favorece el diálogo entre los tribunales de justicia nacionales, los tribunales o cortes de justicia constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹ A su vez, el control de convencionalidad se ubicaría en el llamado *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano y contribuiría a configurarlo y expandirlo.²

Como se advierte, el control de convencionalidad es central en la afirmación anterior, porque sería un control normativo, de compatibilidad, de regularidad, de conformidad, que ejercen fundamentalmente los jueces nacionales entre las normas internas respecto de la Convención Americana y los precedentes de la Corte Interamericana. Tal control de convencionalidad se dispuso por vía pretoriana por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana) en 2006, en el fallo Almonacid Arellano y otros contra Chile.³ Desde entonces, la Corte Interamericana ha reiterado la noción, con variantes, en aproximadamente cuarenta fallos posteriores. Tal obligación de ejercer un control de convencionalidad, dispuesta para todos los Estados que son parte de la Convención Americana, lo cumplirán los órganos destinatarios, en mayor o menor medida, si las normas constitucionales se encuentran más o menos abiertas respectivamente al derecho internacional de los derechos humanos.

La noción de Constitución como orden normativo abierto se vincula necesariamente con el Estado abierto. En relación con el caso latinoamericano, Mariela Morales ha contextualizado el Estado abierto como “un proceso vinculado a la globalización y a la creciente interacción entre el derecho internacional, el supranacional y el constitucional”.⁴

Las referidas cláusulas de apertura al derecho internacional se han ido incorporando progresivamente a las constituciones latinoamericanas. El profesor mexicano, Héctor Fix Zamudio, identificó en 2004 las siguientes cláusulas: 1) “en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos se observa una evolución dirigida a otorgar jerarquía superior, así sea

con limitaciones, a las normas de derecho internacional, particularmente las de carácter convencional, sobre los preceptos de nivel interno”, principalmente en lo que respecta al derecho internacional de los derechos humanos; 2) “algunas constituciones consagran el reconocimiento expreso de las normas y principios del derecho internacional”; 3) “en otras se establece que en caso de conflicto entre un tratado internacional y una ley ordinaria, prevalecerá el tratado”; 4) “varias constituciones latinoamericanas han otorgado a los derechos humanos una primacía expresa en el derecho interno”; 5) “los derechos y deberes consagrados en la propia Carta Fundamental, deben interpretarse de conformidad con dichos tratados”, es decir los de derechos humanos.⁵

Las cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional de los derechos humanos tendrían justificación en la insuficiencia del derecho estatal para la plena tutela de los derechos fundamentales y en la confianza en un sistema internacional de protección, subsidiario y complementario del nacional, para resolver las violaciones estatales a dichos derechos.

Tales cláusulas de apertura previstas en cada Constitución –o no– son el eje mínimo articulador entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, pues: 1) definen la incorporación del derecho internacional al derecho interno y sus relaciones; 2) las normas que prevalecerán en caso de conflicto y 3) la forma de interpretar los derechos humanos, su valor y fundamentación, entre otros asuntos.⁶

De esta forma, mientras una Constitución contemple más cláusulas de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el diálogo entre la jurisdicción constitucional y la Corte Interamericana, por medio del ejercicio del control de convencionalidad, será más fluido y ayudará decididamente a conformar el *Ius Commune* latinoamericano. Como señala Mariela Morales:

El *Ius Commune* se ha ido gestando a base de la salvaguarda de la vida digna como elemento del núcleo intangible de la democracia y se nota la convergencia en tres categorías comunes: el rango constitucional atribuido a los tratados de derechos humanos, la interpretación *pro homine* y la interpretación conforme, así como la cláusula de los derechos no enumerados. El mínimo común denominador es que dichos tratados tienen rango constitucional.⁷

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

Por cierto, el asunto no es un solo cuantitativo –más o menos cláusulas de apertura– sino también cualitativo y es indispensable para fundar la obligación interna de ejercer el control de convencionalidad el reconocimiento del rango constitucional de los tratados de derechos humanos.⁸ Solo así, los jueces podrán preferir, en ejercicio del control de convencionalidad, la aplicación de la norma internacional respecto de la norma interna –excepción hecha de la Constitución– en el ejercicio de

comparación entre ambas. Sólo así, podría considerarse que el listado de derechos constitucionales no es taxativo y que es posible complementar tal catálogo con los derechos contenidos en los tratados internacionales e interpretarlos conforme a ellos. Sólo así, podría tener cabida la consideración de los derechos contenidos en tratados como parámetro del control de constitucionalidad de las normas internas, pues estos se integrarían en un bloque constitucional de derechos. Solo así, el Tribunal Constitucional, en un sistema de justicia constitucional concentrado como el chileno, podría ejercer el control de convencionalidad.⁹

Es del caso, que la Constitución Política de la República de Chile (en adelante la Constitución Política): 1) no define la jerarquía de los tratados en general ni tampoco de los derechos humanos en particular; 2) no explicita el criterio de interpretación conforme a los derechos consagrados en tratados ni el criterio de interpretación *pro homine* y 3) no contiene una norma de incorporación de derechos implícitos. Todas las disposiciones que en otras constituciones han facilitado el diálogo entre la jurisdicción constitucional y la Corte Interamericana vía control de convencionalidad contribuyen a conformar el *Ius Commune* latinoamericano. La única disposición de la Constitución chilena que podría considerarse de apertura al derecho internacional de los derechos humanos se halla en el artículo 5 inciso segundo que, como se verá, refiere a los derechos humanos, contenidos en normas constitucionales y en normas internacionales convencionales, como límite al ejercicio de la soberanía. Lo anterior, sin embargo, no significa desconocer que el Estado chileno es parte de los principales sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

De esta forma, la hipótesis del presente trabajo es la siguiente: el diseño constitucional chileno no cumple con los criterios comunes de convergencia del *Ius Commune*, cuestión que incidirá en el ejercicio del control de convencionalidad por el órgano de justicia constitucional; en el diálogo entre el Tribunal Constitucional chileno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la consiguiente contribución a la conformación de ese derecho común latinoamericano. Esta es la temática que se abordará en el trabajo y que busca constatar el hermetismo de la jurisdicción constitucional chilena a propósito del control de convencionalidad.

Para la comprobación de la hipótesis anterior se formularán tres preguntas orientadoras: 1) ¿Están presentes los elementos de convergencia del *Ius Constitutionale Commune* en el diseño constitucional chileno?; 2) ¿El Tribunal Constitucional chileno considera el bloque constitucional de los derechos como parámetro de control de constitucionalidad? y 3) ¿El Tribunal Constitucional chileno ejerce dentro de sus competencias el control de convencionalidad?

La consecución de lo anterior supondrá la consulta a la doctrina constitucional e internacional de los derechos humanos atingente, así como el análisis de la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional chileno sobre la jerarquía de los tratados, sobre la consideración del bloque constitucional de los derechos como parámetro

de control y especialmente las referencias explícitas al ejercicio del control de convencionalidad interno. No se examinarán aquellas sentencias del Tribunal Constitucional en las que se invoquen los tratados de derechos humanos o la jurisprudencia interamericana a modo de simple referencia, o “a mayor abundamiento”, sin ser decisivos para la resolución de los casos. El periodo analizado se extenderá desde el momento posterior a la reforma constitucional de 1989 al año 2016.

Antes de iniciar el recorrido, corresponde contextualizar e ilustrar que luego de la reforma constitucional de 2005 a la Constitución de 1980, aprobada el 26 de agosto por la Ley N.º 20.050, la jurisdicción constitucional en Chile se encuentra concentrada en el Tribunal Constitucional. El Capítulo VIII trata del Tribunal Constitucional y lo consagra como un órgano de jurisdicción especial del Estado, autónomo e independiente de cualquier otro órgano o autoridad, cuya principal función es ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas.

¹⁰ Al igual que el diseño previo a la reforma constitucional en comento, el Tribunal Constitucional reformado no es un tribunal de amparo de los derechos constitucionales. En Chile, las garantías jurisdiccionales directas y concretas de los derechos radican en la justicia ordinaria y se efectivizan mediante las acciones constitucionales y legales protectoras de derechos fundamentales.¹¹

I. ¿ESTÁN PRESENTES LOS ELEMENTOS DE CONVERGENCIA DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN EL DISEÑO CONSTITUCIONAL CHILENO? LA INSULARIDAD DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En el contexto del régimen autoritario vigente en Chile desde fines de 1973, la Constitución Política, dictada en 1980, no se decidió por la apertura al sistema internacional de protección de los derechos humanos.

¹² La versión original de la Constitución Política, esto es, la Carta de 1980 sin modificaciones, adoptó una posición defensiva en materia de relaciones internacionales.¹³ En tal sentido, solo señaló la atribución del Presidente de la República para conducir las relaciones internacionales y las principales etapas de celebración de un tratado solemne, dispuso una lacónica mención al trámite de aprobación del Congreso Nacional y finalmente contempló una escueta referencia sobre el control previo y facultativo de constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional.¹⁴ Tal actitud refractaria del constituyente originario significó una regulación constitucional somera de la política exterior, con una mínima consideración del derecho internacional, determinando su insularidad,¹⁵ en contraposición con un Estado abierto a las normas e instituciones internacionales.

En el contexto del retorno al régimen democrático, la reforma constitucional de 1989, aprobada mediante la Ley N.º 18.825, introdujo una norma relevante en lo que respecta a los tratados de derechos

humanos (segunda parte del inciso segundo del artículo 5°) al establecer que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ya estén reconocidos en la Constitución “así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” son un límite al ejercicio de la soberanía.

La mentada reforma renovó y acentuó el debate ya iniciado sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos y dio pábulo para que –algunos autores– dieran origen a la tesis del bloque constitucional de los derechos como parámetro del control de constitucionalidad, que, a la época, realizaba tanto la Corte Suprema (controles posterior y concreto) como el Tribunal Constitucional (controles previo y abstracto).

Por su parte, la enmienda constitucional de 2005, aprobada por la Ley N.º 20.050, incorporó una serie de modificaciones tanto sobre la celebración de los tratados como al control de constitucionalidad de aquellos. Los cambios más relevantes se introdujeron al artículo 54 N.º 1 de la Constitución, referido a las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional, y al artículo 93 de la Carta, dedicado a las atribuciones del Tribunal Constitucional. Empero, esta modificación constitucional tampoco definió –como sus predecesoras– la jerarquía que ocupan los tratados en el ordenamiento interno ni mencionó criterios de interpretación de los derechos ni dispuso una cláusula de derechos no enumerados. Así, la Constitución reformada en 2005 se mantuvo “cerrada”, es decir, no contempló normas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, no consideró siquiera alguno de los elementos mínimos de convergencia del *Ius Commune*, centrándose aún en el paradigma de la soberanía estatal. Así, el silencio más controvertido en los 35 años de vigencia de la Constitución Política sigue siendo la indefinición de la jerarquía de los tratados de derechos humanos.

A lo señalado se suma que el Tribunal Constitucional ha rechazado de forma sostenida el rango constitucional a los tratados de derechos humanos, reconociéndoles expresamente rango supralegal. Los principales argumentos expuestos en este sentido por la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional son: 1) la Constitución no contiene una mención explícita sobre el rango normativo de los tratados internacionales, tampoco cuando estos versan sobre derechos humanos; 2) los tratados tienen un rango infraconstitucional al encontrarse sometidos al control previo de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional; 3) el rango infraconstitucional de los tratados se afirma por la “jurisprudencia constitucional” de forma invariable; 4) reconocer jerarquía constitucional a los tratados significaría permitir una reforma de la Constitución por una vía distinta a la prevista en el Capítulo XV de la Carta Fundamental sobre reforma constitucional.¹⁶

La línea jurisprudencial aludida, que reconoce rango infraconstitucional y supralegal a los tratados, se inicia en la sentencia Rol N.º 46 y es proseguida por la sentencia Rol N.º 346 del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (considerando duodécimo),

agregando además los Roles números 309, 312, 1288, 2387-12 y 2388-12 acumulados.

De esta forma, como se verá, la ausencia de los elementos mínimos de convergencia del *Ius Constitutionale Commune*, especialmente la indefinición de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, dificulta severamente, al Tribunal Constitucional chileno el ejercicio del control de convencionalidad y, por cierto, el diálogo entre esta jurisdicción y la Corte Interamericana.

II. ¿EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO CONSIDERA EL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS COMO PARÁMETRO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

Parte de la doctrina chilena sostiene que el bloque constitucional de los derechos fundamentales es parámetro del control de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional y otro sector, le niega tal carácter. Para ambas posiciones, se entendería por bloque constitucional la incorporación al ordenamiento jurídico interno, por mor del artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política, de los derechos humanos consagrados en los tratados, los que pasarían a formar parte de la Constitución material.

En favor de la tesis del bloque constitucional de los derechos como parámetro de control de constitucionalidad, destaca Humberto Nogueira, quien plantea:

Los derechos de fuente directamente constitucional, como asimismo, los derechos implícitos y los derechos de fuente internacional, constituyen un único bloque de derechos que se retroalimenta recíprocamente, en un sentido de progresividad y aplicando el principio favor persona, lo que posibilita que dimensiones o atributos de los derechos considerados inherentes a la persona o derivados de su dignidad humana que se encuentran asegurados por fuente internacional, sin derogar los derechos directamente constitucionales, pueden incorporarse como parte de ellos si aseguran o garantizan ámbitos de tales derechos que no estaban asegurados explícitamente por la norma constitucional. Así este bloque de derechos interpretados de acuerdo con las reglas y postulados de interpretación de los derechos humanos constituye parámetro de control de constitucionalidad de las normas internas infraconstitucionales.¹⁷

La construcción del bloque constitucional de los derechos, a juicio de Humberto Nogueira, se basa en la norma constitucional del artículo 5º inciso 2º, que actuaría “como cláusula constitucional de inclusión”.¹⁸

En sentido contrario, es decir, que el bloque constitucional de los derechos no es parámetro de control de constitucionalidad, Marisol Peña sostiene:

En Chile no existe un bloque de constitucionalidad al estilo colombiano. Incluso sería más correcto decir que no existen antecedentes de que el Constituyente de 1989, ni tampoco el del 2005, hayan tenido en vista la teoría del bloque al momento de ir ajustando la Carta Fundamental a las nuevas realidades, lo que no significa, en modo alguno, restar importancia a los derechos esenciales de la naturaleza humana contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y

vigentes, los que, claramente, complementan el listado de aquellos asegurados en el artículo 19 de la Carta Fundamental.

La misma autora afirma que las sentencias de inaplicabilidad dictadas por el Tribunal Constitucional a partir de 2006 no han acogido la referencia expresa al “bloque de constitucionalidad” planteado por algunos requirentes, confirmando lo señalado mediante un completo estudio jurisprudencial.¹⁹

También en contra del bloque constitucional de los derechos y del artículo 5° como cláusula de inclusión, Francisco Zúñiga opina, en contraposición directa con Humberto Nogueira, que:

Más allá de las disputas en el derecho internacional de escuelas entre monistas y dualistas, la posición sostenida por Nogueira Alcalá en nuestro medio incurre en un yerro capital para el análisis de esta compleja cuestión: omite a la Constitución como pieza básica en la determinación del *locus* de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del orden nacional. En efecto, es la Constitución estatal, concebida como un conjunto de reglas de competencia, la que define la regla de incorporación –regla de habilitación del Derecho de los tratados en el Derecho interno–, así como la posición y controles de constitucionalidad a que deben someterse los tratados internacionales, cuando corresponda.

Continúa el mismo autor y expresa:

Reincide Nogueira Alcalá en el yerro al conexas la incorporación del derecho de los tratados con la unidad y primacía del derecho internacional general y las reglas imperativas o de *ius cogens*; tratando esto como un todo o *reductio ad unum*. Ningún conjunto de “alardes hermenéuticos” o “simple proceso semántico” puede extraer del artículo 5° inciso segundo párrafo segundo una regla que permita un orden competencial distinto al fijado en la Constitución o una jerarquía supraconstitucional de tratados de derechos humanos o simplemente un “bloque constitucional de derechos”, conducente a quebrar la supremacía de la Carta, su valor y eficacia normativa, su rigidez, procedimiento de reforma constitucional y control de constitucionalidad.²⁰

Por su parte, el Tribunal Constitucional en ocasiones muy puntuales ha hecho referencia al bloque constitucional de los derechos o razonado conforme a esta construcción doctrinaria. Cuando lo ha hecho ha sido para complementar la Constitución con aquellos derechos que no se encuentran consagrados en el catálogo constitucional pero sí lo están en los tratados internacionales.

En 2009, el Tribunal Constitucional coligió en la sentencia Rol N.° 1340-2009 –a propósito del derecho a la identidad– que este no era un derecho constitucional, pero que sin embargo era igualmente merecedor de protección puesto que se encuentra reconocido por tratados internacionales vinculantes para Chile:

Que aun cuando la Constitución chilena no reconozca en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (considerando noveno).²¹

Luego, en 2014, en una acción relativa a la competencia de los tribunales militares, refirió explícitamente al bloque constitucional de derechos:

Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política” (considerando séptimo).²²

Por el contrario, el Tribunal Constitucional dijo en la sentencia Rol N.º 2265-12, que el bloque constitucional de derechos no constituye su parámetro de control de constitucionalidad porque a los tratados internacionales no se les ha reconocido constitucionalmente rango constitucional:

[...] como lo ha sustentado uniformemente esta judicatura constitucional, los tratados internacionales no constituyen, *per se*, parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitar directamente a esta jurisdicción para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente los contrarían. Para que esta operación fuera jurídicamente válida, sería necesario que aquellos instrumentos estuvieran dotados de rango constitucional en cuanto fuentes formales de derecho constitucional, y no adquirirla por vía simplemente indirecta, a través de la remisión que a ellos formula el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental” (considerando octavo).²³

Como puede advertirse, solo un par de sentencias aisladas y sin continuidad jurisprudencial han referido o razonado en la lógica del bloque constitucional de los derechos. Un estudio reciente realizado por Judith Schönsteiner ratifica lo afirmado y expresa: “el Tribunal no considera al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como parte del derecho que debe aplicar”.²⁴ La propia autora da cuenta de un uso “no sistemático” y “selectivo” de los tratados de derechos humanos y de la jurisprudencia internacional en los fallos del Tribunal Constitucional, cuando asevera: “La explicación más jurídica y lógica es la de postular que algunos ministros no consideraran que el TC pudiera o debiera invocar normas internacionales, teniendo como mandato la aplicación de la Constitución”.²⁵

Así, puede observarse la reticencia del Tribunal Constitucional a reconocer el bloque constitucional de derechos fundamentales como parámetro de control de constitucionalidad, cuestión que augura, como también se analizará, el rechazo al reconocimiento del mismo parámetro en el control de convencionalidad.

III. ¿EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE EJERCE ENTRE SUS COMPETENCIAS EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

Hasta 2016, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se registraron referencias explícitas, en ningún sentido –sea para negarlo

o aceptarlo– al ejercicio del control de convencionalidad. A pesar de ello, algunos autores sostienen que el Tribunal Constitucional realizó un control de convencionalidad implícito. Este control de convencionalidad “implícito” consistiría en los casos en que:

[e]l Tribunal constitucional ha utilizado como baremo de constitucionalidad a los tratados internacionales (es decir, ha realizado un control de convencionalidad y constitucionalidad simultáneo) y aquellos en que el Tribunal Constitucional ha realizado este ejercicio utilizando los derechos humanos consagrados en tratados internacionales como herramientas interpretativas de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.²⁶

En otras palabras, hacen directamente equivalentes el control de convencionalidad al bloque constitucional de los derechos. Lo anterior no parece correcto, toda vez que el bloque constitucional de los derechos sería –de existir en el ordenamiento constitucional chileno– el parámetro del control de constitucionalidad y de convencionalidad (el material controlante), pero no el ejercicio mismo del control de convencionalidad.

Sin embargo, lo afirmado cambió en 2016 cuando se dictaron dos sentencias a propósito del cuestionamiento de constitucionalidad de ciertas normas contenidas en el Código de Justicia Militar. Se trata de las sentencias roles números 2704-15 y 2874-15. En ambos casos se hace una mención explícita al control de convencionalidad, aunque luego el Tribunal Constitucional no los resolvió ni ejerció tal control.

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

En el considerando N.º 37, el Tribunal Constitucional señaló:

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

que lo existente a nivel legal en forma previa haya sido y deba ser declarado inconstitucional. Existen otros mecanismos institucionales que permiten dar cabida a tales estándares, ya que la Constitución chilena es permeable a los mismos, aunque no tengan igual jerarquía, atendido lo dispuesto en el artículo 5°, inciso final, en relación al respeto por el Estado de los derechos garantizados por tratados internacionales vigentes; además del artículo 19, N.º 26°, respecto al deber del Estado de no afectar (vulnerar) la esencia de los derechos al regularlos por ley. En suma, la declaración de inaplicabilidad no es la única manera de proteger tales derechos y, como tal, es un recurso de última ratio, que solo puede utilizarse cuando no exista otro medio jurídico eficaz disponible.²⁷

En síntesis, el fallo: 1) aludió al caso Palamara Iribarne contra el Estado de Chile de 2005, ilustrando que, respecto de la aplicación del Código de Justicia Militar, el Estado de Chile fue condenado por la Corte Interamericana e incurrió en responsabilidad internacional; 2) luego afirmó que “en la misma línea y conforme a la *noción de control de convencionalidad*, con sus características y situación propias” cabe considerar dos fallos dictados por la Corte Interamericana (Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos de 2009 y Gelman Vs. Uruguay de 2011) referidos a la materia; 3) sin expresar el valor de la jurisprudencia interamericana, señaló que tales fallos han supuesto cambios legislativos en Chile y 4) negó jerarquía constitucional a los tratados internacionales.

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

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

La acción de inaplicabilidad fue rechazada el 15 de noviembre de 2016, con voto dividido, con el Rol N.º 2874-15.²⁸ El voto de mayoría rechazó el requerimiento por consideraciones relativas a la ausencia de incidencia de los preceptos impugnados para la resolución de la gestión pendiente, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto; sin embargo, en el considerando

tercero, el Tribunal Constitucional planteó la cuestión constitucional en disputa y señaló que esta:

[r]adica esencialmente en determinar si la extensión de la jurisdicción penal militar, más allá del delito militar en sentido estricto [...], es decir, para delitos por naturaleza comunes, vulnera o no los elementos orgánicos y funcionales constitucionalizados del debido proceso, en especial la garantía constitucional del juez natural y, a consecuencia de ello, el derecho de defensa. [...] Tal cuestión constitucional puede ser, en muchos aspectos, coincidente con aquellas que han sido resueltas, a su vez, por la Corte IDH vía control de convencionalidad auténtico, no solo en los tres casos procesales penales en que se ha condenado internacionalmente al Estado de Chile (cuales son: Palamara Iribarne Vs. Chile, de 22 de noviembre de 2005; Almonacid Arellano Vs. Chile, de 26 de septiembre de 2006; Maldonado Vargas Vs. Chile, de 2 de septiembre de 2015) sino también en sentencias que han afectado directamente a otros países.²⁹

El fallo del Tribunal Constitucional en comento expresó en una oportunidad la alocución “control de convencionalidad” para referirse al que ejerce la Corte Interamericana, denominándolo “auténtico” (considerando tercero recién transcrito). Empero, –y a pesar de no referirse explícitamente al control de convencionalidad interno– se preguntó si debe contrastar las normas legales impugnadas con los “parámetros de convencionalidad” de la Corte Interamericana o los “estándares” que este último tribunal ha fijado; o, por el contrario, si debe ejercer el control de constitucionalidad confrontándolas solo con lo dispuesto por las normas constitucionales.

Esta cuestión ocupa la primera parte de la sentencia, titulada “Aproximación: líneas jurisprudenciales de este Tribunal Constitucional en el contexto de los parámetros latinoamericanos sobre jurisdicción penal militar”, que distingue tres posturas jurisprudenciales: 1) aquella que recoge los estándares de la Corte Interamericana, contenidos fundamentalmente en el fallo Palamara vs. Chile; 2) aquella que acepta los referidos estándares y sin embargo estima que la resolución de este tipo de casos les corresponde a los tribunales ordinarios por vía interpretativa y 3) aquella que es refractaria a la consideración de la jurisprudencia interamericana como parámetro del control de constitucionalidad. La compleja convivencia de estas distintas tesituras se asume en la sentencia analizada, en el considerando primero, que expresó:

Ante todo, es menester dejar establecido que la receptividad de esta Magistratura Constitucional para armonizar e integrar con la Constitución los conocidos estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH), que son los más recientes en materia de jurisdicción y competencia penal militar, ha sido variable.³⁰

Según el fallo, la posición favorable a la recepción y aplicación de los estándares interamericanos en el ejercicio del control de constitucionalidad/convencionalidad tuvo lugar en las sentencias Roles números 2492-13 y 2493-13 y se sustentaría en que:

[s]i bien la Constitución reconoce de manera germinal la existencia de tribunales militares en tiempo de paz, no define exactamente qué asuntos pueden ser conocidos por ellos, sin que ello violente la garantía del juez natural. Y es allí

donde aparece el espacio de aplicación de los estándares que enuncia la Corte IDH, señalados; los que, en verdad, no solo son formulados por ella, sino que corresponden al estado actual de la dogmática jurídico-penal y procesal penal, en armonía con el derecho internacional de los derechos humanos (considerando noveno).³¹

Es decir, la ausencia de regulación constitucional sobre cuáles asuntos pueden ser conocidos por los tribunales militares podría decidirse –a juicio de esta tesis– con los estándares contenidos en la jurisprudencia interamericana.

Luego, en el mismo considerando noveno, el Tribunal Constitucional señaló la dificultad que para la temática representa la no definición del rango de los tratados internacionales:

Todo ello, además, se armoniza con el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, que admite la recepción interna de los tratados internacionales de derechos humanos, vigentes y ratificados por Chile, aunque sin definir explícitamente la cuestión de su jerarquía, cuestión esta última que ha suscitado ciertas dificultades.³²

De acuerdo con la sentencia, la posición contraria a la consideración de los estándares interamericanos en el ejercicio del control de constitucionalidad/convencionalidad es dominante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según se admite en el considerando décimo primero:

Que, empero, cabe destacar que la posición jurisprudencial contraria, ha hecho mayoría en más ocasiones (en los roles N.º 2794-15, 2399-13, 2363-12 –empate sin voto dirimente, que implica rechazo– y 1029-08. Todo ello a partir del rol N.º 664-2007). Esta línea jurisprudencial constitucional es de alguna manera refractaria al reconocimiento de la noción de “estándares” emanados de la Corte IDH, aun cuando no rechaza necesariamente su contenido sustantivo, según se aprecia en su redacción. Al parecer, ello se relaciona tácitamente con la forma de entender el sistema de fuentes del derecho y la autonomía y soberanía de los tribunales nacionales. Evidentemente, tal postura se siente cómoda aplicando la Constitución, solamente, como fuente de Derecho de mucho mayor raigambre y más acrisolada en la tradición jurídica nacional, que los estándares emanados de la Corte IDH, que –repetimos – no son rechazados explícitamente, en cuanto tales ni en su contenido sustantivo.³³

De esta manera, el Tribunal Constitucional se cuestiona sobre la competencia para ejercer el control de constitucionalidad/convencionalidad, considerando como parámetro de control tanto las normas constitucionales como los “estándares interamericanos” o la jurisprudencia interamericana recaída en la materia. El mismo órgano reconoce tres posiciones y predomina aquella que favorece el ejercicio del control de constitucionalidad, cuyo parámetro es únicamente la Constitución. Señala que de esta posición preponderante participa la sentencia Rol N.º 2794-15 antes estudiada. No obstante, admite otras dos posiciones que reconocerían los estándares interamericanos al momento de ejercer el control normativo. Empero, tales posturas favorables son minoritarias jurisprudencialmente. La razón del predominio de la tesis que rechaza los estándares se hallaría en el propio texto constitucional,

eventualmente en la referencia solo a la Constitución como parámetro de control de constitucionalidad o en la ausencia de cláusulas de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La parte final del considerando décimo cuarto confirma lo dicho:

Finalmente, entonces, cabe concluir que constitucionalmente, en Chile, hay discrepancia sobre el ajuste del sistema de jurisdicción penal militar a los estándares internacionalmente exigibles, particularmente desde el caso Palamara y la supervisión de su fallo. Pero, gradual y paulatinamente se avanza en ese sentido, con fuertes resistencias también fundadas en la Constitución.³⁴

En consonancia con la posición contraria a la consideración de los estándares interamericanos en el ejercicio del control de constitucionalidad/convencionalidad, los ministros Aróstica Maldonado, Brahm Barril y Letelier Aguilar, hacen presente: 1) que el único parámetro de control dispuesto por la Carta Fundamental para el ejercicio del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional es la Constitución; 2) que las disposiciones impugnadas del Código de Justicia Militar han de cotejarse exclusivamente con las reglas pertinentes de la Carta Fundamental y 3) la referencia “al derecho comparado” puede conformar un elemento de interpretación complementario, que “no puede transmutar en un vehículo de sustitución y cambio, encaminado a desconocer las reglas constitucionales y legales imperantes en el país”.³⁵

Como se afirmó, hasta 2016, el Tribunal Constitucional chileno no había realizado ningún tipo de cuestionamiento o reconocimiento, como parte de su competencia, al ejercicio del control de convencionalidad. Luego, en 2016 se aludió expresamente al control de convencionalidad en dos sentencias que dejaron en evidencia el hermetismo del Tribunal Constitucional a propósito de tal control. Los principales motivos expuestos por el órgano de justicia constitucional, que pueden extraerse del análisis de ambos fallos, son: 1) la Constitución explícita que su parámetro de control de constitucionalidad es la Constitución y no el bloque constitucional de derechos fundamentales; 2) los tratados de derechos humanos no tienen rango definido en la Constitución y 3) no hay certeza del valor vinculante de la jurisprudencia interamericana en el sistema de fuentes del Derecho chileno.

CONCLUSIONES

La Constitución Política de la República de Chile no contempla normas que tiendan puentes o propicien el control de convencionalidad y el diálogo entre la jurisdicción constitucional y los órganos de protección internacional, particularmente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Uno de los puentes cuya construcción es basal para la estrecha vinculación entre el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, la definición del rango constitucional de los tratados de derechos humanos, en Chile no ha sido siquiera diseñado. Por el contrario, El Tribunal Constitucional ha rechazado

de forma sistemática el rango constitucional a los tratados de derechos humanos, reconociéndoles expresamente rango supralegal. Su principal fundamento es que aquellos se encuentran sujetos al control de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional, solo en un par de sentencias aisladas y sin continuidad jurisprudencial, ha mencionado y razonado en la lógica del bloque constitucional de los derechos. Al contrario, el Tribunal Constitucional ha dicho que el bloque constitucional de los derechos no constituye su parámetro de control de constitucionalidad por no tener reconocido constitucionalmente los tratados internacionales rango constitucional. Esta posición confirma el hermetismo hacia el reconocimiento de dicho parámetro en el control de convencionalidad.

En 2016, el Tribunal Constitucional mencionó expresamente el control de convencionalidad, evidenciando en dos sentencias su reserva a su ejercicio. Los argumentos centrales expuestos son: 1) la Constitución explicita que su parámetro de control de constitucionalidad es la Constitución y no el bloque constitucional de derechos fundamentales; 2) los tratados de derechos humanos no tienen rango definido en la Constitución y 3) no hay certeza del valor vinculante de la jurisprudencia interamericana en el sistema de fuentes del derecho chileno.

En definitiva, la ausencia de elementos mínimos de convergencia del *Ius Commune*, tal como la indefinición de la jerarquía de los tratados de derechos humanos, dificulta severamente el ejercicio del control de convencionalidad por el Tribunal Constitucional, el diálogo entre esta jurisdicción y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el aporte de Chile a la configuración del *Ius Constitutionale Commune*.

Agradecimientos

Este trabajo es parte de la investigación financiada por Fondecyt Regular de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, con el N.º 1160953, titulado: “La (di)símil aplicación del control de convencionalidad por los tribunales nacionales”.

BIBLIOGRAFÍA. Revistas

ACOSTA PAOLA, *Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*, 14, *Revista Estudios Constitucionales*, 1, 15-60 (2016).

AGUILAR GONZALO, *El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado*, 9, *Revista Direito Getulio Vargas*, 2, 721-754 (2013).

AGUILAR GONZALO, *El Tribunal Constitucional chileno frente a la jurisdicción militar*, 22, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 1, 23-63 (2015).

FIX ZAMUDIO HÉCTOR, *El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1, *Revista Latinoamericana de Derecho*, 141-180 (2014).

- HENRÍQUEZ MIRIAM, *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca que asigna rango infraconstitucional a los tratados de derechos humanos*, 3, *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, 227-234 (2013).
- MORALES MARIELA, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*, Serie de Estudios Jurídicos, 710 (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2015).
- NASH CLAUDIO, *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, XIX, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 489-509 (2013).
- NOGUEIRA HUMBERTO, *El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia*, 13, *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2, 301-350 (2015).
- NOGUEIRA HUMBERTO, *Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia Rol N.° 786-2007 del Tribunal Constitucional*, 5, *Revista Estudios Constitucionales*, N.° 2, 457 – 466 (2007).
- NÚÑEZ CONSTANZA, *Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales*, 11, *Anuario de Derechos Humanos*, 157-169 (2015).
- NÚÑEZ CONSTANZA, *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*, 60, *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (2015).
- RÍOS LAUTARO, NÚÑEZ MANUEL, *Chile, una Constitución insular*, *Revista Chilena de Derecho*, Número especial, 229-236 (1998).
- SCHÖNSTEINER JUDITH, *El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador*, XXIX, *Revista de Derecho (Valdivia)*, N.° 1, 197 -226 (2016).
- ZÚÑIGA FRANCISCO, *Derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Apostillas sobre tratados y Constitución*, 71 y 72, *Revista de Derecho Político UNED*, 787-827 (2008).

BIBLIOGRAFÍA. Libros

- NASH CLAUDIO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno* (Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2012).

BIBLIOGRAFÍA. Contribución en obras colectivas

- HENRÍQUEZ MIRIAM, *Tratados internacionales: reflexiones en torno a una nueva Constitución*, en *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*, 195-205 (EDUARDO CHÍA & FLAVIO QUEZADA, coords., Facultad de Derecho de la Universidad de Chile-Instituto Igualdad y Fundación Friedrich Ebert, Santiago, 2015).
- MORALES MARIELA, *El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo y desafío del Ius Constitutionale Commune*,

en *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, 65-144 (ARMIN VON BOGDANDY, MARIELA MORALES ANTONIAZZI & EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, coords., Porrúa, México, 2013).

PEÑA MARISOL, *La Constitución de 1980 y la existencia de un "bloque de constitucionalidad en Chile*, en *Estudios de derecho internacional libro homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla*, 591-613 (HUGO LLANOS MARDONES & EDUARDO PICAND, edits., Abeledo Perrot, Santiago, 2012).

VON BOGDANDY ARMIN, *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual*, en *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, 1-24 (ARMIN VON BOGDANDY; ANTONIAZZI MORALES & EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, coords., Porrúa, México, 2013).

BIBLIOGRAFÍA. Jurisprudencia chilena

Tribunal Constitucional. Rol N.º 2874-15, de 15 de noviembre de 2016.

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

Tribunal Constitucional. Rol N.º 2493-13, de 6 de mayo de 2014.

Tribunal Constitucional. Rol N.º 2265-12, de 21 de noviembre de 2013.

Tribunal Constitucional. Rol N.º 1340-2009, de 29 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional. Rol N.º 2874-15, del 15 de noviembre de 2016.

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N.º 154, párr. 124 (26 de septiembre de 2006).

Ley N.º 20.050

Ley N.º 19.628

Ley N.º 18.825

Ley N.º 20.050

Ley N.º 20.609

Ley N.º 18.971

Notas

*Artículo de investigación.

1 ARMIN VON BOGDANDY; ANTONIAZZI MORALES Y FERRER MAC-GREGOR, coords., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina* (Porrúa, México, 2013). CLAUDIO NASH, *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, XIX, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 489-509, 491 (2013).

2 El *Ius Commune* latinoamericano se inspira en tres pilares: el respeto de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia. Para dar cumplimiento a esos pilares el *ius commune* parte de la premisa de la insuficiencia del espacio estatal. De esta forma, las garantías y desarrollo de los mencionados pilares requieren de un Estado abierto y de instituciones internacionales fuertes. ARMIN VON BOGDANDY, *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual*, en *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, 1-24, 7 (ARMIN

VON BOGDANDY, ANTONIAZZI MORALES & FERRER MAC-GREGOR, coords., Porrúa, México, 2013). Por cierto, el control de convencionalidad interno y externo es fundamental en la configuración de este derecho común.

3 CIDH. Almonacid Arellano y otros contra Chile. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N.º 154, párr. 124 (26 de septiembre de 2006): “La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

4 MARIELA MORALES, *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*, en *Serie de Estudios Jurídicos*, 710, 36 (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2015).

5 HÉCTOR FIX ZAMUDIO, *El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1, *Revista Latinoamericana de Derecho*, 1, 141-180, 175-176 (2014).

6 Paola Acosta sistematiza las cláusulas de apertura, que llama de articulación entre el derecho internacional y el derecho interno, del siguiente modo: “Dichas cláusulas tienen como objetivo, por una parte, resolver la incorporación/transposición/uso del derecho internacional en el derecho nacional y, por la otra, una vez resuelto lo anterior, determinar la jerarquía (si alguna) de dichas normas –transformadas o no– en relación con el derecho interno. Además, estas disposiciones dan luces sobre la forma de resolver conflictos normativos. Así, tenemos cinco tipos de cláusulas de articulación: 1. Las de admisión, 2. Las declarativas, 3. Las de remisión, 4. Las de interpretación y 5. Las de “jerarquía” o de solución de conflictos normativos.” PAOLA ACOSTA, *Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*, 14, *Revista Estudios Constitucionales*, 1, 15-60, 20 (2016).

7 MARIELA MORALES, *El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo y desafío del Ius Constitutionale Commune*, en *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, 65-144, 112 (ARMIN VON BOGDANDY, ANTONIAZZI MORALES & EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, coords., Porrúa, México, 2013).

8 En un sentido concordante Gonzalo Aguilar afirma: “El control de convencionalidad puede tener su fuente en el derecho constitucional nacional, en aquellos casos en que la Constitución del Estado ha previsto expresamente la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre las normas infraconstitucionales, o bien, la jurisprudencia nacional ha consagrado pretorianamente dicha superioridad. En este caso, para dar cumplimiento a la disposición constitucional es necesario un órgano jurisdiccional que vele por la conformidad de las leyes a los tratados internacionales”. GONZALO AGUILAR, *El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado*, 9, *Revista Direito Getulio Vargas*, 2, 721-754, 721-722 (2013).

9 Coincidentemente con lo afirmado, Gonzalo Aguilar expone: “Por otro lado, aquellos Estados que cuentan con un texto constitucional reconociendo expresamente que los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a la ley fundan el control de convencionalidad precisamente en esta disposición constitucional, esto es, en una obligación constitucional de derecho interno. En este caso, la fuente de la

obligación del control de convencionalidad es interna y no proviene directamente del derecho internacional. Como se puede observar, cuando existe una expresa disposición constitucional nacional, el juez constitucional –bajo el modelo concentrado– tendría la facultad de verificar la conformidad de la ley a los tratados internacionales –*a fortiori* de los tratados internacionales de derechos humanos–. El proceso anterior incorporaría el derecho internacional convencional al bloque de constitucionalidad, el cual es objeto de control de constitucionalidad. Esto último sí que significaría probablemente una fusión o entrelazamiento del control de constitucionalidad con el control de convencionalidad. En otras palabras, el juez constitucional, en virtud del control de constitucionalidad, debería examinar la conformidad no solo de la ley a la Constitución sino también de la ley al tratado internacional, porque así lo dispone la Constitución.” GONZALO AGUILAR, *El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado*, 9, *Revista Direito Getulio Vargas*, 2, 721-754, 727 (2013).

10 Según el artículo 93 de la Constitución Política, las principales atribuciones del Tribunal Constitucional relativas al control de constitucionalidad de las normas son ejercer un control: 1) previo, obligatorio y abstracto de los proyectos de ley interpretativa de la Constitución, de ley orgánica constitucional y de los tratados internacionales que versen sobre materias de esta última (N.º 1); 2) represivo, facultativo y concreto de los autos acordados (N.º 2); 3) previo, facultativo y abstracto de los proyectos de ley, de reforma constitucional y de tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso (N.º 3); 4) previo y represivo, facultativo y abstracto de los decretos con fuerza de ley (N.º 4); 5) represivo y facultativo de los preceptos legales (N.º 6); 6) represivo, por acción pública o de oficio por el Tribunal Constitucional, y abstracto de los preceptos legales (N.º 7); 7) previo, facultativo y abstracto de los decretos supremos de ejecución y resoluciones del Presidente de la República (N.º 9); 8) represivo, facultativo y abstracto de los decretos supremos autónomos y de ejecución del Presidente de la República (N.º 16º).

11 Las principales acciones protectoras de derechos fundamentales son: 1) amparo o *habeas corpus* (artículo 21 constitucional), de protección (artículo 20 constitucional) y de amparo económico (artículo único de la ley N.º 18.971) de competencia de las cortes de apelaciones en primera instancia y de la Corte Suprema en segunda instancia; 2) reclamación por pérdida o desconocimiento de la nacionalidad (artículo 12 constitucional) e indemnización por error judicial (artículo 19 N.º 7 letra i constitucional) ambas de competencia de la Corte Suprema; 3) de no discriminación arbitraria (Ley N.º 20.609), de *habeas data* (Ley N.º 19.628), de competencia de los jueces de letras y 4) de tutela de los derechos fundamentales del trabajador (artículo 485 del Código del Trabajo) de competencia del juez laboral, entre otras.

12 Uno de los primeros objetivos de la Junta Militar de Gobierno, que asumió la suma del poder público en 1973, fue la fundación de una nueva institucionalidad, la que solo podía lograrse mediante el dictado de una nueva Constitución. Así fue como el gobierno de facto encomendó el estudio de una Constitución a una Comisión de Expertos en Derecho Constitucional, que pasó a denominarse Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), que en una labor de casi cinco años formularon un anteproyecto de Constitución. Este anteproyecto, una vez concluido, pasó al trámite de revisión del Consejo de Estado, que a su vez elaboró un proyecto de Constitución que fue presentado a la Junta. Finalmente, la Junta de Gobierno, en 1980, en ejercicio del poder constituyente originario, dictó la Constitución Política de la República de Chile, actualmente vigente, aunque con importantes modificaciones.

13 A modo de ejemplo, en la discusión sobre cuáles tratados debían quedar sometidos a la aprobación del Congreso, en la sesión 367, el comisionado Bertelsen declaró ser partidario de incluir el menor número posible de disposiciones relativas a asuntos internacionales, porque no es posible prever si en un momento dado ellas pueden volverse en contra del interés nacional. A su vez, la comisionada Bulnes juzgó que las razones que llevan a aceptar el principio de una Constitución breve, sumaria, son más valederas que nunca en materia internacional. Añadió que, en este campo, cualquier

normativa reglamentaria puede ser limitativa y crear conflictos imposibles de prever en el momento presente. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución discutió el tema de la aprobación de los tratados internacionales en las sesiones número 47, 345, 356, 364 a 368, 371 y 414.

14 MIRIAM HENRÍQUEZ, *Tratados internacionales: reflexiones en torno a una nueva Constitución*, en *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*, 195-205, 196 (EDUARDO CHÍA RAMÍREZ & FLAVIO QUEZADA RODRÍGUEZ, coords., Facultad de Derecho de la Universidad de Chile- Instituto Igualdad-Fundación Friedrich Ebert, Santiago, 2015).

15 Ya en 1998 Lautaro Ríos y Manuel Núñez llamaban la atención sobre la insularidad de la Constitución de 1980 a propósito del proceso de integración latinoamericano: “A diferencia de importantes países del continente americano, la Constitución de 1980 aparece en el océano del constitucionalismo moderno como una ínsula virtualmente desconectada del orden internacional. En efecto, si dejamos fuera el angosto “puente” del artículo 5° –en relación con las fuentes de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana– la Constitución chilena se encuentra prácticamente en ayuno en materia de integración”. LAUTARO RÍOS & MANUEL NÚÑEZ, *Chile, una Constitución insular*, Número especial, *Revista Chilena de Derecho*, 229-236, 233 (1998).

16 MIRIAM HENRÍQUEZ, *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca que asigna rango infraconstitucional a los tratados de derechos humanos*, 3, *Revista de Derecho Escuela de Posgrado*, 227-234, 229 (2013).

17 HUMBERTO NOGUEIRA, *Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia Rol N.º 786-2007 del Tribunal Constitucional*, 5, *Revista Estudios Constitucionales*, 2, 457-466, 461 (2007).

18 HUMBERTO NOGUEIRA, *El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia*, 13, *Revista Estudios Constitucionales*, 2, 301-350, 313 (2015). En un sentido coincidente CONSTANZA NÚÑEZ, *Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales*, 11, *Anuario de Derechos Humanos*, 157-169 (2015). CLAUDIO NASH, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, 48-51 (Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2012). GONZALO AGUILAR, *El Tribunal Constitucional chileno frente a la jurisdicción militar*, 22, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 1, 23-63, 34-40 (2015).

19 MARISOL PEÑA, *La Constitución de 1980 y la existencia de un “bloque de constitucionalidad” en Chile*, en *Estudios de derecho internacional libro homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla*, 591-613, 613 (HUGO IGNACIO LLANOS MARDONES & EDUARDO PICAND, eds., Abeledo Perrot, Santiago, 2012).

20 FRANCISCO ZÚÑIGA, *Derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Apostillas sobre tratados y Constitución*, 71 y 72, *Revista de Derecho Político UNED*, 787-827, 792 (2008).

21 Tribunal Constitucional. Rol N.º 1340-2009, del 29 de septiembre de 2009.

22 Tribunal Constitucional. Rol N.º 2493-13-INA, del 6 de mayo de 2014.

23 Tribunal Constitucional. Rol N.º 2265 – 12, del 21 de noviembre de 2013.

24 JUDITH SCHÖNSTEINER, *El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: el mínimo común denominador*, XXIX, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 1, 197-226, 210 (2016).

25 JUDITH SCHÖNSTEINER, *El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: el mínimo común denominador*, XXIX, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 1, 197-226, 215 (2016).

26 Constanza Núñez enfatiza una serie de casos en los que el Tribunal habría ejercido un control implícito de convencionalidad: Estos casos están contenidos en los Roles números 519-2006, 807-2007, 739-2007, 993-2008, 2273-2013, 2493-2013. CONSTANZA NÚÑEZ, *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*, 60, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 101 (2015). Gonzalo Aguilar también afirma que el Tribunal Constitucional habría ejercido un control de convencionalidad implícito en varios casos: “En efecto, el Tribunal Constitucional chileno implícitamente efectuó un control de convencionalidad en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel al declarar inaplicable el artículo 206 del Código Civil, por no encontrarse conforme con el artículo 18 de la CADH y el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con la cláusula de apertura del artículo 5° de la Constitución. Otro caso en que el Tribunal Constitucional chileno utilizó como parámetro de constitucionalidad no ya la Constitución propiamente tal sino que además un tratado internacional de derechos humanos es, de manera matizada, el caso de la ley de responsabilidad penal adolescente”. GONZALO AGUILAR, *El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado*, 9, *Revista Direito Getulio Vargas*, 2, 721-754, 743 (2013).

27 Tribunal Constitucional. Rol N.º 2794-15, de 12 de mayo de 2016.

28 Tribunal Constitucional. Rol N.º 2874-15, de 15 de noviembre de 2016. Redactó la sentencia el Ministro Hernández Emparanza. Hay voto de prevención de los Ministros Letelier, Aróstica y Braham. Hay voto disidente de los Ministros Romero, Carmona, García y Pozo y una prevención del Ministro Pozo. El voto disidente y el de prevención del Ministro Pozo aluden a los “estándares” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia.

29 Tribunal Constitucional. Rol N.º 2874-15, del 15 de noviembre de 2016

30 Tribunal Constitucional. Rol N.º 2874-15, del 15 de noviembre de 2016

31 Tribunal Constitucional. Rol N.º 2874-15, del 15 de noviembre de 2016

32 Tribunal Constitucional. Rol N.º 2874-15, del 15 de noviembre de 2016

33 Tribunal Constitucional. Rol N.º 2874-15, del 15 de noviembre de 2016

34 Tribunal Constitucional. Rol N.º 2874-15, del 15 de noviembre de 2016

35 El voto de prevención afirma: “1°. Que, acorde con el principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 6° de la propia Carta Fundamental, es deber de los órganos del Estado ceñirse estrictamente a sus disposiciones y a las demás normas dictadas “conforme a ella”. El artículo 92, inciso quinto, de la Carta Fundamental, en procura de hacer efectivo tal principio, prescribe que el Tribunal Constitucional adoptará sus acuerdos y “fallará de acuerdo a derecho”, a la vez que el artículo 93, inciso primero, N.º 6, le impone el deber de resolver la inaplicabilidad de cualquier precepto legal cuya aplicación “resulte contraria a la Constitución”. Vale decir, no por comodidad, sino por mandato directo e inmediato de las normas precitadas, es que este Tribunal debe juzgar las normas reclamadas por vía de inaplicabilidad exclusivamente de cara a la Carta Fundamental; 2°. Que, así dichas las cosas, las disposiciones aquí impugnadas del Código de Justicia Militar han de cotejarse exclusivamente con las reglas pertinentes de la Carta Fundamental. De cuya comparación surge que las primeras no pueden revelarse como anticonstitucionales, si se considera que la justicia militar está reconocida expresamente en el texto supremo nacional, según se resolvió en las STC roles N.ºs. 2363, 2399 y 2794, y tal como además se explica en los votos disidentes recaídos en las STC roles N.º 2492 y 2493. Lo cual es ratificado por el Código Orgánico de Tribunales (artículo 5°) y la ley orgánica constitucional N.º 18.961, al preceptuar que

“Carabineros de Chile es una institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública” (artículo 1°), amén que “como cuerpo policial armado es esencialmente obediente, no deliberante, profesional, jerarquizado y disciplinado y su personal estará sometido a las normas básicas establecidas en la presente ley orgánica, su Estatuto, Código de Justicia Militar y reglamentación interna” (artículo 2°). Disposiciones, ambas, que este Tribunal declaró ajustadas a la Constitución (artículo 101) por sentencia Rol N.º 103-90; 3°. Que, si bien la convocación al derecho comparado puede conformar un elemento de interpretación complementario, cuando en él se encuentran ingredientes de un *ius commune* reconocible en el derecho patrio, el mismo no puede transmutar en un vehículo de sustitución y cambio, encaminado a desconocer las reglas constitucionales y legales imperantes en el país. Al menos, no sin desatender los artículos 5° y 6° de nuestra Constitución e incurrir en un –acerbamente criticado– genérico constitucionalismo sin fronteras; o en aquello que se ha dado en llamar cosmopolitismo judicial. Donde la cita de jurisprudencia internacional pasa a ser la más elocuente confirmación de la falta de fundamentación en el derecho público patrio. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Jueces constitucionales, en Teoría del neoconstitucionalismo*, 91-95 (Trotta, Madrid, 2007). En este marco jurídico preciso, por consiguiente, no es posible ilegitimar el carácter militar que infunde a Carabineros de Chile la Constitución y la legislación patria, con base en una sobresaliente trayectoria institucional, apelando a unos sedicentes “nuevos estándares” de fuente internacional, para luego rehusar que su “juez natural” se encuentra precisamente en el Código de Justicia Militar; 4°. Que, en lo demás, concurrimos a la sentencia desestimatoria precedente, por lo expresado en sus considerandos 16° al 27°. A los cuales adherimos sin reservas, por ser suficientes para rechazar el requerimiento de autos”.

Notas de autor

a Autora de correspondencia. Correo electrónico:
mhenriqu@uahurtado.cl

Información adicional

Para citar este artículo/To cite this article: Henríquez-Viñas, Miriam Lorena, *El hermetismo de la jurisdicción constitucional chilena a propósito del control de convencionalidad*, 136 *Vniversitas*, 1-17 (2018). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.hjcc>