



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Nogueira Alcalá, Humberto

Los estándares de derechos humanos y el control de convencionalidad en el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional chileno en su jurisprudencia de 2014

Ius et Praxis, vol. 21, núm. 1, 2015, pp. 653-676

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19742266019>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Colaboración recibida el 24 de septiembre de 2014 y aprobada el 21 de enero de 2015

Los estándares de derechos humanos y el control de convencionalidad en el control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional chileno en su jurisprudencia de 2014

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ*

1. Introducción

El Tribunal Constitucional chileno durante el año 2014 ha ido madurando una evolución importante en materia de estándares de derechos humanos en la resolución de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, los que se concretan en materia de justicia militar.

Esta línea se había insinuado en la sentencia rol N° 2257-12-INA, de 10 de septiembre de 2013, en la cual se produjo empate de votos de los ministros para la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13, inciso 1º del decreto ley N° 1.094, que regula la situación de migración y expulsión de extranjeros, en que la acción de inaplicabilidad se rechazó por no obtenerse la mayoría requerida y por cuanto el Presidente del Tribunal en esta materia carecía de voto dirimente; en dicha sentencia el voto de un grupo de ministros explicitó su voluntad de acoger la acción en virtud de la norma de reenvío del artículo 5º inciso 2º de la Carta Fundamental al derecho internacional convencional de derechos humanos y sus órganos de aplicación, extrayendo de ellos un conjunto de estándares de derechos humanos, los cuales entienden que limitan la potestad discrecional del Estado en la materia y habilitan para determinar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de disposiciones del decreto ley N° 1.094, en su artículo 96 N° 6º, el cual consideran inconstitucional e inconveniente.

* Profesor Titular de Derecho Constitucional, Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile y del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca, Talca, Chile. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Academia Judicial de Chile. Doctor en Derecho Constitucional (Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica). Correo electrónico: nogueira@utalca.cl.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en sentencia rol Nº 2363-2012, de 14 de enero de 2014, en acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 5º, Nº 3º, del Código de Justicia Militar, para que surtiera efectos en el proceso sobre apelación de declinatoria de competencia que se sustancia actualmente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol Nº 3278-2012, en el cual lo impugnado es la resolución del Decimocuarto Juzgado de Garantía de Santiago por la que ese Tribunal se declaró incompetente en los autos RIT 11.115-2012, RUT 1210032844-3, sobre delito de apremios ilegítimos y tormentos, ordenando remitir los antecedentes a la Justicia Militar, se produjo empate de votos de los ministros, al igual que en el caso anterior, rechazándose la acción de inaplicabilidad por requerir mayoría de los ministros en ejercicio del Tribunal Constitucional. El voto por acoger la acción asumido por cinco de los diez ministros del Tribunal Constitucional anticipa lo que luego se conformará como mayoría del Tribunal Constitucional en las sentencias que serán analizadas más específicamente en este artículo del año 2014. Aquí se alude en el considerando 14º a la necesidad de considerar los estándares de derechos humanos que establece la norma de reenvío del artículo 5º inciso 2º de la Constitución:

“14º Que en el examen para acoger este requerimiento tendrá un papel significativo el establecimiento de nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo esta jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile”.

Tal perspectiva exige considerar, sin lugar a dudas, los artículos 14.1 del PIDCyP de Naciones Unidas y el artículo 8.1 de la CADH.

A su vez, en tal voto ya la mitad de los magistrados integrantes del Tribunal Constitucional asumen la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Palamara vs. Chile* y extrae los estándares determinados por dicha Corte para el ámbito nacional, en los considerandos 16º y 17º de dicho voto:

*“16º Que, más significativo para este asunto, es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la Sentencia de la Corte IDH (22 de noviembre de 2005, *Palamara Iribarne vs. Chile*, Serie C Nº 135, a partir de este fallo CIDH/Nº 135/2005). No es posible hacer una revisión de una extensa sentencia; sin embargo, condensaremos algunos estándares a partir del reconocimiento de que Chile ha violado determinados derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos;*

17º Que los estándares que se derivan del Caso Palamara y que son aplicables a esta causa son:

En relación con el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, el párrafo 125 de la CIDH/Nº 135/2005 contempla como regla general de debido proceso el derecho a ser juzgado por los tribunales ordinarios como punto de partida. El pár-

rrafo 124 de CIDH/Nº 135/2005 reconoce que puede existir una jurisdicción penal militar restrictiva y excepcional, encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales. Para ello, las reglas de la jurisdicción especial son válidas para militares, relativas a conductas delictivas típicas del ámbito militar y que lesionen bienes jurídicos militares gravemente atacados. "Esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado". (Párrafos 126 y 132 de la CIDH/ N° 135/2005). Asimismo, reconoce que los artículos 6º y 7º del Código de Justicia Militar amplían excesivamente la consideración de quién es militar (Párrafo 136 de la CIDH/Nº 135/2005). Finalmente, esta asunción de competencia extendida propia de la jurisdicción ordinaria constituye una vulneración del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, el derecho a ser juzgado por juez competente (Párrafos 142 y 144 de la CIDH/Nº 135/2005).

En relación al derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial, el párrafo 145 de la CIDH/Nº 135/2005 sostiene que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial es una garantía del debido proceso. Lo anterior exige que quienes juzgan no estén involucrados en la controversia (Párrafo 146 de la CIDH/ N° 135/2005). En tal sentido, es concluyente el párrafo 155, que indica que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares implican que estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando (...) no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad y no poseen una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad.

En cuanto al derecho a un proceso público, el Párrafo 166 de la CIDH/Nº 135/2005 nos indica que la Convención Americana en el artículo 8.5 establece que "[e]l proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia". En tal sentido, es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (Párrafo 167 de la CIDH/Nº 135/2005). Bajo estas premisas, concluye que el sumario del proceso penal militar es incompatible con el art. 8.2 c) CADH (Párrafo 171 de la CIDH/ N° 135/2005). En esa perspectiva, no hay igualdad de condiciones en la rendición de la prueba con el objeto de ejercer el derecho a defensa (Párrafo 178 de la CIDH/ N° 135/2005).

Respecto a este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye que "en cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares (supra, párrs. 120 a 144). El Estado deberá

realizar las modificaciones normativas necesarias en un plazo razonable” (párrafo 256 de la CIDH/Nº 135/2005);

El voto analizado en el considerando 19º también considera la *ratio decidendi* de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco vs. México¹:

“19º Que, por último, en materia de estándares, cabe agregar como un elemento complementario de análisis el criterio que ha tenido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco vs. México en sentencia del 23 de noviembre de 2009, excepcionando de la jurisdicción militar los actos delictivos cometidos por militares respecto de bienes jurídicos no militares. Siendo sus víctimas civiles, bajo ninguna circunstancia los juzgaría la justicia militar. Es así como los párrafos 274 y 275 de la aludida sentencia (...).”

El voto considerado señala que esta perspectiva tiene fundamento constitucional, explicitando tales fundamentos:

“21º Que la vulneración de los derechos a ser oído por un juez o tribunal competente, a un proceso público y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, constituye un conjunto de infracciones al artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este artículo tiene su correspondencia con el orden constitucional chileno a través del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución. De acuerdo a nuestros precedentes, entre ellos la sentencia Rol Nº 2265, c. 6º, se cumple con el modo de vincular reglas convencionales con el orden constitucional chileno, estimándose afectado el artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución, tal como lo acredita el requirente a fs. 1, 43 y 52, entre otros;”

“22º Que no solo se satisface bajo el requisito formal del artículo constitucional indicado, sino que el derecho a un juez competente es parte del derecho a un juez natural, garantía integrante del debido proceso, reconocido en el artículo 19, numeral 3º, inciso sexto, de la Constitución. Recordemos que esta garantía exige que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tratado.”

Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos”. ¿Por qué puede ser considerado irracional e injusto que la justicia militar juzgue a policías, sometidos al fuero militar, por delitos cometidos contra civiles? La respuesta debe darse en el ámbito de las exigencias materiales que le impuso el artículo 83 de la Constitución a la jurisdicción especializada en sede castrense;

“23º Que el artículo 83 de la Constitución, junto con disponer cómo se ejercen las reglas del ejercicio de la acción penal pública y la dirección de la investigación

¹ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C Nº 209.

penal, agrega que "la adopción de medidas para proteger a las víctimas (...) corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen". Por tanto, esta norma nos habla claramente de dos cuestiones. Primero, que al no distinguir entre víctimas, éstas pueden ser militares o civiles. Segundo, que debe existir la adopción de esas medidas coherentes con el debido proceso. Si no existe ese núcleo básico de medidas, existiría una vulneración a las reglas propias de un procedimiento e investigación racional. De esta manera, la protección de las víctimas queda condicionada a la existencia de tales garantías. Si ellas no existen, no hay tutela del debido proceso, especialmente si se trata de víctimas civiles".

Asimismo, el voto analizado contrasta el estatus de los derechos de la víctima en la justicia militar con la de los derechos del inculpado en el Código Procesal Penal, concluyendo que el procedimiento en justicia militar afecta gravemente los estándares del debido proceso establecidos en el artículo 8º de la CADH.

El voto analizado de la mitad de los integrantes del Tribunal Constitucional, en su considerando 29º, termina por considerar:

"29º Que, por tanto, cabe acoger el presente requerimiento por verse vulnerados los artículo 5º, inciso segundo, y 19, numeral 3º, inciso sexto, y 83 de la Constitución, según ya lo hemos argumentado".

2. La conformación de una mayoría de los ministros del Tribunal Constitucional que asumen los atributos de los derechos asegurados por los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana como parámetro de control de constitucionalidad en virtud del artículo 5º inciso 2º de la Constitución: las sentencias roles N°s. 2492-13 y 2493-13

Durante el año 2014, el Tribunal Constitucional en sendas acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en que se cuestiona la legislación vigente que otorga competencia a los tribunales militares para conocer de algunos delitos comunes, en base a estándares emanados del derecho internacional convencional de derechos humanos y sus órganos de aplicación en virtud de la norma de reenvío del artículo 5º inciso 2º de la Constitución, se declara inaplicables por inconstitucionales disposiciones del Código de Justicia Militar.

2.1. El análisis de la sentencia rol N° 2493-13, de 6 de mayo de 2014

Mediante sentencia rol N° 2493-13, el Tribunal Constitucional acoge la inaplicabilidad del artículo 5º, N° 1, y el N° 3 del Código de Justicia Militar, para que surta efectos en el proceso penal sobre delito de lesiones graves, RIT 11.463-2013, RUC N° 1310018169-4, sustanciado por el Séptimo Juzgado

de Garantía de Santiago, y actualmente pendiente, en virtud de la apelación impetrada por el requirente, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el rol N° 2166-2013-RPP. Lo mismo sucede mediante sentencia rol N° 2492-13, de 17 de junio de 2014, en que vuelve a acoger inaplicabilidad por constitucionalidad del artículo 5º N° 3 del Código de Justicia Militar, para que surta efectos en el proceso penal RIT 1812-2013, sustanciado ante el Juzgado de Garantía de Linares, el que se tramitaba ante la Corte Suprema, a través de un recurso de queja en autos rol N° 4639-2013.

Las disposiciones legales cuestionadas del artículo 5º del Código de Justicia Militar por los ocurrentes ante el Tribunal Constitucional son las siguientes:

“Art. 5º. Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:

Nº 1º. De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código, excepto aquéllos a que dieren lugar los delitos cometidos por civiles previstos en los artículos 284 y 417, cuyo conocimiento corresponderá en todo caso a la justicia ordinaria, y también de las causas que leyes especiales sometan al conocimiento de los tribunales militares.

(...)

Nº 3º. De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas;”.

La disposición constitucional habilitante de reenvío al derecho internacional de derechos humanos es el artículo 5º inciso 2º de la Constitución, cuyo tenor es el siguiente:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

2.1.1. Los atributos de los derechos asegurados por tratados y sus garantías y la jurisprudencia de la Corte IDH se asumen como parte del estándar que constituye parámetro de control de constitucionalidad conforme a norma de reenvío del artículo 5º inciso 2º

En la sentencia 2493-13 antes referida el Tribunal Constitucional se hace cargo en su considerando 6º de:

“Que en la fundamentación del requerimiento se ha invocado el mandato constitucional del artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Política, que consagra el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados

por Chile y que se encuentran vigentes. En la especie, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos;".

El Tribunal Constitucional no puede prescindir de los derechos asegurados por tales instrumentos internacionales, ya que ellos constituyen limitaciones al ejercicio de la soberanía, como lo explicita inequívocamente el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, siendo tales derechos (los atributos que los integran y sus garantías) de aplicación directa e inmediata por los órganos y agentes de ejercicio de la potestad pública, ya sea que se asuma que ellos conforman un bloque constitucional de derechos, o sea que ellos constituyen un elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política, veamos el considerando 7º de dicha sentencia:

"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;".

La normativa jurídica constitucional chilena permite sostener que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos no pueden seguir siendo considerados en forma compartmentalizada², sino que deben ser abordados como fuentes de un único sistema de protección de los derechos que tiene por fundamento la dignidad de la persona humana, abordándolos en forma integral, realizando una tarea de armonización e integración, eliminando prejuicios y visiones conflictuales, otorgándoles una visión convergente y optimizadora de los derechos fundamentales.

Los atributos de los derechos en el ámbito normativo están conformados por los elementos precisados tanto por la fuente normativa constitucional como por la del derecho internacional. El derecho constitucional queda así delimitado por los contenidos de ambas normativas, debiendo aplicarse siempre aquella que mejor protege el derecho, dándole la mayor fuerza expansiva, que constituye una exigencia ínsita en los mismos derechos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fuente del Derecho Interno cuando contiene elementos que enriquecen al Derecho Interno, cuando agregan un "plus" al contenido normativo de los derechos delimitados y configurados en el derecho interno y viceversa, cuando el sistema nacional de

² CANCADO TRINDADE, Antonio (1998): "Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos", en: AA.VV. V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. (México, D.F., Ed. UNAM), p. 109.

derecho enriquece al Derecho Internacional de derechos humanos, buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos, todo lo que está reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derecho Humanos, literal b) y en el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, vale decir, la obligación jurídica de utilizar el *principio pro homine o favor persona*, como vertiente interpretativa y normativa³.

2.1.2. La validación del bloque constitucional de derechos

El considerando 7º de la sentencia objeto de análisis, emplea y reconoce por primera vez como interpretación válida y legítima, que los atributos y ga-

³ Sobre el principio *pro homine o favor persona* hay una amplia bibliografía respecto de la cual sólo señalaremos alguna de ella representativa de carácter latinoamericano, entre los cuales se cuenta: AMAYA VILLARREAL, Álvaro Francisco (2005): “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”, en: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, número 5, junio (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana), pp. 337-380; BIDART CAMPOS, G. (2001): “Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio *Pro Homine*”, en: Bidart Campos, G. y Gil Domínguez, A. (coords). AA.VV., *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*. (Buenos Aires, Editorial Ediar); CABALLERO OCHOA, José Luis (2011): “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en: Carbonell, Miguel, y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (serie Doctrina Jurídica, núm. 609), pp. 103-133; CASTILLA, Karlos (2009): “El principio *pro persona* en la administración de justicia”, en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 20, enero-junio de 2009. (México, D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM); PINTO, Mónica (1997): “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en: Abregú, Martín y Courtis, Christian (Comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. (Buenos Aires. Ed. CELS-Editores del Puerto); SACUÉS, Néstor Pedro (2002): “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en: José Palomino y José Carlos Remotti (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, (Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional); SALVIOLI, Fabián (2003): “Un análisis desde el principio *pro persona* sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en: *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, (Buenos Aires, Ediar), pp. 143-155. En la doctrina nacional debe considerarse los trabajos de PEÑA TORRES, Marisol (2013): “El principio *pro homine o favor persona* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”, en: Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinador), *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (Santiago, CECOCH-Ed. Librotecnia), pp. 131-154; NASH ROJAS, Claudio (2013): “El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinador). *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. (Santiago, CECOCH-Ed. Librotecnia), pp. 155-199; MUÑOZ GAJARDO, Sergio (2014): “El estándar de convencionalidad y el principio *pro homine*”, en: Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos* (Santiago, Ed. Librotecnia), pp. 149-247. El Tribunal Constitucional lo utiliza en sentencia rol N° 740-07, de dieciocho de abril de dos mil ocho, considerando 69º; sentencia rol 1361-09, de trece de mayo de dos mil nueve, considerando 73º; sentencia rol N° 1191, de 19 de mayo de dos mil nueve, Considerando 19º; sentencia rol N° 567 de 2010, considerandos 35º y 40º.

rantías de los derechos asegurados por tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y vigentes, *pueden formar parte de un bloque constitucional de derechos*. Tesis que ya había sido sostenida en la doctrina chilena y que también había sido asumida por la Corte Suprema en diversos fallos, como se explicita a continuación.

Sobre la materia ya se había señalado en la doctrina nacional que:

*"En tal sentido, los atributos que integran un derecho esencial o fundamental y sus garantías asegurados por el derecho convencional internacional forman parte del plexo de derechos fundamentales asegurados por la Constitución y constituyen límites al ejercicio de la soberanía, como asimismo, el respeto y promoción de tales derechos constituye un deber de todos los órganos estatales, entre ellos la judicatura ordinaria y constitucional, el gobierno, el Congreso Nacional, la Contraloría General de la República, entre otros"*⁴.

"El intérprete constitucional debe entender que existe una retroalimentación recíproca entre fuente interna y fuente internacional recepcionada internamente en materia de derechos fundamentales. En la misma perspectiva debe existir una retroalimentación entre el intérprete final del derecho interno y el intérprete final del derecho regional o internacional de derechos humanos, especialmente, de aquel que el Estado se ha comprometido a respetar y garantizar ante la comunidad internacional.

*Ello exige al intérprete una tarea de delimitación y configuración de los derechos fundamentales considerando la fuente interna y la fuente internacional que los aseguran, como asimismo, considerando la jurisprudencia de las Cortes supra o internacionales cuya jurisdicción es obligatoria y vinculante para el Estado, ya que este último en cuanto tal y sus órganos tienen una obligación de resultado respecto de ella, aplicada de buena fe y en cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, los que constituyen límites a la interpretación del operador jurídico"*⁵.

Asimismo se había conceptualizado el bloque constitucional de derechos:

"Por bloque constitucional de derechos fundamentales entendemos el conjunto de derechos de la persona (atributos que integran los derechos y sus garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos como son el derecho convencional, los principios de ius cogens, como los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del texto constitucional o por vía del artículo 29 literal c) de la CADH.

⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tercera edición (Santiago, Ediciones Librotecnia), Tomo I, p. 23.

⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tercera edición (Santiago, Ediciones Librotecnia), Tomo I, p. 24.

“Este bloque constitucional de derechos, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5º inciso segundo de la Constitución chilena vigente, asimismo nutren de contenido a los derechos expresamente asegurados en la Carta Fundamental, como asimismo, posibilitan asegurar derechos fundamentales que no se encuentran explicitados en la Carta Fundamental, todos los cuales conforman parte del parámetro de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

El bloque de derechos fundamentales queda configurado así por los atributos y garantías de los derechos asegurados:

- a) en la Carta Fundamental en forma explícita;
- b) en forma implícita;
- c) en el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario,
- d) en el derecho internacional a través de los principios de ius cogens; y
- e) en el derecho internacional consuetudinario⁶.

A su vez, la Corte Suprema chilena, en sentencia de 25 de abril de 2005, rol Nº 740-05, en recurso de nulidad de sentencia penal por infracción de derechos fundamentales, ya había precisado:

“Que el derecho a la presunción de inocencia tiene en Chile rango constitucional por estar incorporado en los tratados internacionales ratificados por Chile, que nuestra Carta Fundamental asegura respetar y garantiza en el inciso 2º de su artículo 5º: Entre tales derechos cabe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1989, que en su artículo 8.2 establece: Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, y el art 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial del 29 de abril de 1989, que dispone: Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en conformidad a la ley:”.

En otra sentencia rol Nº 4183-06, de dieciocho de abril de dos mil siete, la Corte Suprema, reitera la misma perspectiva, señalando:

“Décimo: Que, a lo anterior, y conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5º 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 los

⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tercera edición (Santiago, Ediciones Librotecnia), Tomo I, pp. 24-25.

*artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"; el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b.- A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección" el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d.- Derecho del inculpado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor"; de todo lo anterior, se puede sostener que se trata de un derecho fundamental, como gozar de la defensa técnica que lleva a cabo el abogado defensor, y que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la eventual falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúa, por ello en interés de la transparencia del proceso penal, y para el hallazgo de la verdad, constituye un requisito procesal esencial de todo juicio"*⁷.

El Tribunal Constitucional ya había reconocido explícitamente la existencia de derechos implícitos en nuestro ordenamiento constitucional en su sentencia rol N° 226 de 30 de octubre de 1995, considerando 25º, donde determina:

"... la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.

"Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional".

El Tribunal Constitucional también lo ha asumido con el reconocimiento del derecho a la identidad de las personas en diversas sentencias, de entre las cuales señalamos los considerandos del fallo rol N° 1340-09 de 2009:

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

⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, rol N° 4183-06, de dieciocho de abril de dos mil siete, considerando 10º.

La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (Sentencia rol Nº 834, considerando 22º);”.

DÉCIMO: Que, en esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la identidad personal –en cuanto emanación de la dignidad humana– implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del artículo 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social.

La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer.

Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;”⁸.

Lo mismo ya había hecho la Corte Suprema en su sentencia rol Nº 4069-2013, de 6 de noviembre de 2013, determina el carácter de derecho implícito del derecho de acceso a la información pública como manifestación de la libertad de información, precisando que:

“La Carta Fundamental asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información, el que se encuentra reconocido

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol Nº 1340-09, de fecha veintinueve de septiembre de dos mil nueve, considerandos 9º y 10º.

en el artículo 19 Nº 12 del Código Político –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio que representa, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas”.

Así, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional reconocen como parte de los derechos esenciales los derechos implícitos, como también los atributos de los derechos y sus garantías asegurados por el derecho convencional internacional en su dimensión de estándares mínimos y conforme al principio *pro homine* o favor persona. Además la Corte Suprema ha asumido la incorporación automática y directa del derecho consuetudinario internacional y los *principios imperativos de ius cogens*⁹, sobre lo cual el Tribunal Constitucional aún no se ha pronunciado.

De esta forma, el Tribunal Constitucional en su evolución jurisprudencial de 2014 posibilita un acercamiento a un estándar de derechos fundamentales uniforme con la Corte Suprema y la doctrina constitucional.

2.1.3. La validación por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la incorporación de atributos de los derechos esenciales contenidos en fuentes del derecho convencional internacional vigente como elemento interpretativo determinante de los derechos asegurados en el artículo 19 de la Constitución

A su vez, en la otra perspectiva considerada por el considerando 7º de la sentencia, por vía interpretativa asume los atributos de los derechos y sus garantías como *elemento interpretativo determinante* de la plena acepción de los derechos involucrados que se encuentran asegurados por el texto constitucional.

Ello implica que los atributos de los derechos asegurados por vía de tratados enriquecen y potencian los atributos y las garantías de los derechos asegurados en el texto formal de Constitución, lo que implica implícitamente asumir el principio favor persona del artículo 29 de la CADH como pauta interpretativa.

⁹ Sobre *principios de ius Cogens* pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: SUY, Eric (1976): "The concept of ius Cogens in Public International Law", en: *Conference on International Law*, (Geneve. Lagonissi); GÓMEZ ROBLEDO, Antonio (1981): *Le ius cogens internacional sagené, sa nature, ses fonctions*. RCADI, 1981, Recueil des Cours 172 (La Haya, Academia de Derecho Internacional de La Haya); FRIEDRICH, Tatiana Scheila (2004): *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público Jus Cogens* (Belo Horizonte, Editora Forum); OLLARVES IRAZÁBAL, Jesús (2005): *Ius Cogens en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Caracas. Ed Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela).

2.1.4. El Tribunal Constitucional asume en la práctica la doctrina del control de convencionalidad

En este importante fallo del Tribunal Constitucional, el considerando octavo, asume el control de convencionalidad que deben realizar todos los tribunales nacionales¹⁰, incluido el Tribunal Constitucional, no solo teniendo presente el *corpus iuris* interamericano, conforme a lo que determina el artículo 29 literal d) de la CADH, sino también la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete auténtica y final de dicho *corpus* en el ámbito regional americano, conforme con lo que determina el artículo 62.3 de la CADH:

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

¹⁰ Sobre la consideración y aplicación del control de convencionalidad por los jueces internos del Estado hay una amplia bibliografía, pudiendo consultarse: ALBANESE, Susana (Coord.) (2008): *El control de convencionalidad* (Buenos Aires, Ediar); AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2012): “El control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos humanos”, en: Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.) *El diálogo transjudicial de los Tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos* (Santiago, Ed. Librotecnia), pp. 449-508; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano”, en: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 9 Nº 2, (Santiago, CECOCH, Universidad de Talca, Ed. Thomson Reuters-LegalPublishing) y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2012): *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* (Querétaro, Ed. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política. S.C.); HITTERS, Juan Carlos (2009): “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”; en: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 7 Nº 2. (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca), pp. 109-128; LUCCHETTI, Alberto (2008): “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”; en: Albanese, Susana (Coord.), *El control de convencionalidad* (Buenos Aires, Ediar); NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano por las jurisdicciones nacionales”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, año XLV Nº 135, septiembre-diciembre, Instituto de Investigaciones Jurídicas, (México D.F., UNAM); NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2014): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero. Implicancias para el parámetro de control de constitucionalidad* (Santiago, Ed. Librotecnia); NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (Coordinador) (2014): *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Santiago, CECOCH-Ed. Librotecnia); SAGUÉS, Néstor Pedro (2014): “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, en: Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinador). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (Santiago, CECOCH-Ed. Librotecnia), pp. 15-23.

No debe olvidarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia de justicia militar, ya había dictado dos sentencias sobre la materia, los casos *Palamara vs. Chile*¹¹ y *el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*¹², en los cuales ya había determinado los estándares convencionales que debía asegurar el ordenamiento jurídico chileno en la materia, lo que obligaba al Estado a modificar drásticamente el Código de Justicia Militar, lo que hasta el presente sólo ha concretado parcialmente.

A su vez, la Corte IDH ya había reiterado en la sentencia del *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012¹³, los elementos básicos de dicho control de convencionalidad y precisó su carácter de intérprete último de la Convención Americana que el Tribunal Constitucional y los jueces de todo orden no pueden desconocer:

"282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

Así, aplicando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el artículo 8.1 de la CADH, el Tribunal Constitucional precisa en su considerando noveno:

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

El Tribunal Constitucional precisa en su considerando 12º:

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

¹¹ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 135.

¹² Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154.

¹³ Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239.

El Tribunal Constitucional en el caso analizado, como ya lo había hecho antes la Corte Suprema en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, toma nota que los órganos jurisdiccionales internos, dentro de sus competencias y conforme a las normas de procedimiento determinadas por el ordenamiento jurídico interno, deben adoptar las medidas “*de otro carácter*” para adecuar *el derecho interno y las prácticas judiciales y de otros órganos y agentes del Estado a las exigencias de respeto y garantía de los derechos asegurados por el corpus iuris interamericano*.

No podemos sino concordar con Ferrer Mac-Gregor, el que refiriéndose a la eficacia directa de la jurisprudencia de la Corte IDH para todos los estados partes, el que, en su voto razonado en la sentencia de la CIDH en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, afirma que:

“la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere ‘eficacia directa’ en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como ‘parte material’. Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce ‘efectos expansivos’ de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia”¹⁴.

3. La sentencia rol Nº 2492-13 de 17 de junio de 2014

3.1. El cuestionamiento de la aplicación del procedimiento de la justicia militar

En este caso, se vuelve a cuestionar la constitucionalidad del artículo 5º, numeral 3º del Código de Justicia Militar, requiriendo al Tribunal Constitucional que declare su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, para que surta efectos en el proceso penal RIT 1812-2013, sustanciado ante el Juzgado de Garantía de Linares, sobre apremios ilegítimos y tormento, en el cual el dicho tribunal se declaró incompetente por ser materia de la justicia militar, lo que fue determinado por la Corte de Apelaciones de Talca, al resolver una contienda de competencia que otorgó la competencia a la justicia militar, el cual se tramita al momento de la acción de inaplicabilidad, ante la Corte Suprema, la cual conoce de la materia a través del recurso de queja contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, en autos rol Nº 4639-2013.

¹⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, en voto razonado en *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Nº 220, párrafo 79.

3.2. La competencia de la justicia militar, asunto de rango constitucional

El Tribunal Constitucional en el considerando 6º del fallo determina:

"Que la competencia de la justicia militar es un asunto que siempre ha estado en el rango constitucional y, adicionalmente, para efectos de la cuestión concreta esta propia Magistratura así lo ratificó. Por tanto, por decisiones del constituyente así como por sentencias del Tribunal Constitucional nos encontramos frente a un asunto de ineludible materialidad constitucional;".

Agregando en las propias expresiones del Tribunal Constitucional, en el considerando 8º:

"Que, no obstante lo anterior, no basta con indicar la preocupación que ha tenido el constituyente por la determinación del ámbito competencial dentro del cual opera la justicia militar. En tal sentido, la principal determinación reside en el hecho de que es decisión del legislador, por el propio mandato constitucional de los artículos 19, numeral 3º, 63, numeral 3º, y 76 de la Constitución, fijar tal competencia;".

Asimismo, el Tribunal Constitucional recuerda en su considerando 9º:

"Que, en un fallo reciente, esta Magistratura ha sostenido que la aplicación de la norma aquí impugnada es inconstitucional, pues 'provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez competente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19, Nº 3º, de la Constitución Política de la República'". (STC rol N° 2493, considerando noveno);"

Así, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión en su considerando 10º, de que

"En síntesis, es insostenible soslayar el conflicto de constitucionalidad de la competencia de la justicia militar, puesto que esta propia Magistratura acreditó la intensidad constitucional del vínculo interpretando la Ley N° 20.477 y acogiendo un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del mismo precepto legal;".

3.3. Reiteración de la obligación de asumir los estándares del *corpus iuris* interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la norma de reenvío del artículo 5º inciso 2º de la Constitución

En el fallo, el Tribunal Constitucional reitera en el considerando 17º lo ya afirmado en la sentencia antes analizada de que deben considerarse:

"nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo a esta jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile;".

Es importante en la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el asumir que los estándares de derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile, *constituyen un deber de respeto y promoción que incluye al Tribunal Constitucional*, que en el caso *sub lite*, implica *aplicar los estándares del corpus iuris interamericano* establecidos en materia de justicia militar.

La Corte insiste en la necesidad de asumir los estándares del *corpus iuris* interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH en el caso Palamara.

La Corte Interamericana reitera en su considerando 19º la pertinencia de asumir los estándares fijados por la Corte IDH en la sentencia del caso Palamara Iribarne vs. Chile, de 22 de noviembre de 2005, y que se aplican en este caso como determina el considerando 20º, como son:

“el derecho a ser juzgado por tribunales ordinarios como punto de partida, pudiendo existir una jurisdicción militar restrictiva y excepcional, encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, las cuales son válidas para militares, en el caso de conductas delictivas típicas del ámbito militar y que lesionen bienes jurídicos militares gravemente atacados”.

Respecto del *derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial*, considerando concluyente el Tribunal Constitucional la cita del caso Palamara, en su párrafo 155:

“que indica que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares implican que estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando (...) no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad y no poseen una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad”.

En relación a un proceso público, la sentencia reitera lo ya sostenido en la sentencia anteriormente analizada, citando los párrafos 166, 167, 171 y 178 de la sentencia de la Corte IDH en el caso Palamara:

“[e]l proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

En tal sentido, es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público (Párrafo 167 de la CIDH/Nº 135/2005). Bajo estas premisas, concluye que el sumario del proceso penal militar es incompatible con el art. 8.2 c) de la CADH (Párrafo 171 de la CIDH/Nº 135/2005). En esa perspectiva, no hay igualdad de condiciones en la rendición de la prueba con el objeto de ejercer el derecho a defensa (Párrafo 178 de la CIDH/Nº 135/2005);”.

3.4. La exhortación al legislador de adecuar el Código de Justicia Militar a los estándares interamericanos

El Tribunal Constitucional en su considerando 21º exhorta al legislador para incorporar los estándares interamericanos en la modificación legislativa del Código de Justicia Militar, recordando lo sostenido por la Corte IDH en su resolución de supervigilancia del cumplimiento de la sentencia en el caso Palamara:

"(...) en esta tarea se ha ido más lento que lo necesario, opinión que no es propia de esta Magistratura sino que de la propia Corte encargada de velar por el cumplimiento de la sentencia Palamara Iribarne vs. Chile. A ocho años de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó al Estado de Chile aún no se realizan los cambios necesarios para adecuar nuestra jurisdicción militar a lo establecido por la Corte. Así lo indicó la Resolución de la Corte de 1º de julio de 2011, que mantiene abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento de los puntos pendientes en este caso, entre otros: 'b) Adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la Sentencia (punto resolutivo décimo cuarto de la Sentencia)' (Resolución de la Corte IDH de 1º de julio de 2011, Supervisión de Cumplimiento, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, p. 17). Esta resolución también reconoce avances en la materia, como la promulgación de la Ley N° 20.477; sin embargo, a pesar de los proyectos de ley actualmente en trámite, 'los representantes lamentaron reiteradamente que a más de cinco años desde el dictado de la Sentencia en el presente caso, Chile aún mantiene vigente un sistema de justicia penal militar que transgrede estándares internacionales de protección de derechos humanos[,] en clara contravención a las garantías consagradas en la Convención Americana'.

Adicionalmente, resaltaron la importancia de que el Estado 'encare la reforma de la [justicia penal militar] en forma integral y de modo urgente, adoptando todas las medidas necesarias para impulsar el trámite parlamentario' (Resolución de la Corte IDH de 1º de julio de 2011, Supervisión de Cumplimiento, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, p. 7);".

El Tribunal Constitucional reitera en esta sentencia en su considerando 23º, asimismo, lo afirmado en la sentencia anteriormente analizada, en el sentido de:

"Que la vulneración de los derechos a ser oído por un juez o tribunal competente, a un proceso público y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, constituye un conjunto de infracciones al artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este artículo tiene su correspondencia en el orden constitucional chileno a través del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución;".

El Tribunal Constitucional también reitera en esta sentencia en la necesidad de hacer respetar y garantizar estándares mínimos de derechos de la víctima contrastando en esta materia dichos estándares en el proceso penal y en el procedimiento de justicia militar en los considerados 27º y 28º, llegando en el considerando 29º a la siguiente conclusión:

“Que, por tanto, frente a un estándar robusto sobre la excepcionalidad de la justicia militar, cabría esperar que ésta, en sus procedimientos, contuviera derechos procesales básicos que protejan a la víctima. No obstante, cabe consignar, en cumplimiento del artículo 83 de la Constitución, que esta norma exige a lo menos la existencia de medidas que permitan proteger a la víctima. Sin embargo, el actual proceso penal militar contiene un conjunto mínimo de derechos que le impiden a la víctima el derecho a un proceso público (todo sometido a sumario) y un adecuado derecho a defensa que le permita velar por sus intereses, máxime si el victimario es integrante de la misma institución jerárquica de quien lo juzga, generando una vulneración al derecho a ser juzgado por el juez natural;”.

Así, luego del análisis y aplicación de los estándares mínimos exigibles en materia de garantías judiciales y debido proceso al caso concreto, el Tribunal Constitucional llega a la misma conclusión que ya había llegado en la sentencia anteriormente analizada, el fallo rol Nº 2493, determinando en su considerando 33º:

“Que para esta Magistratura, tal como se sostuvo en la sentencia Rol Nº 2493, la aplicación de este precepto legal produce efectos inconstitucionales en el caso concreto, aun tratándose de una víctima sujeta a la condición de militar. A la luz de los nuevos estándares en materia de jurisdicción militar, no existe una justificación constitucionalmente admisible para que a una persona, civil o militar, se le impida ejercer derechos como víctima de un delito común, y se le prive de un proceso racional y justo. Por tanto, resultan vulnerados los artículos 19, numeral 3º, 83, inciso cuarto, y 5º, inciso segundo, de la Constitución en relación con el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos”.

A través de la aplicación de dichos estándares y la exhortación al legislador el Tribunal Constitucional cumple con la adopción de “medidas (...) de otro carácter” que determina la Convención en su artículo 2º, lo que implica que los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales que contempla el ordenamiento estatal, en cuanto órganos del Estado, se encuentran vinculados directa e inmediatamente por los derechos asegurados convencionalmente, más aún cuando el Estado al ratificar la Convención, la convierte en derecho interno sin que deje de ser simultáneamente derecho internacional, el que es de aplicación preferente al primero conforme al principio *pro homine* o favor persona. Así, la norma convencional en esta doble dimensión, de norma interna e internacional, vincula a los jueces ordinarios, constitucionales y otros especiales, a respetar y a garantizar los atributos y garantías de los derechos asegurados por dicha norma-

tiva en el estándar mínimo asegurado convencionalmente y a adoptar todas las medidas y actuaciones dentro del ámbito de sus competencias que posibiliten darle fuerza normativa directa e inmediata a los derechos asegurados por el *corpus iuris* interamericano y a las sentencias de la CIDH, las cuales constituyen obligaciones de resultado para el Estado Parte, como asimismo para los jueces ordinarios, constitucionales y especiales en cuanto son Estado Juez. No debe olvidarse que el artículo 68.1 de la CADH, precisa que "los Estados partes han asumido el compromiso de cumplir las decisiones de la Corte, en todo caso en que sean partes"; de allí que las sentencias de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento.

El Tribunal Constitucional da cumplimiento eficaz y de buena fe, a los estándares del derecho (de la CADH referente a garantías judiciales. Asume así, los estándares interamericanos y determina la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la disposición del artículo 5º Nº 3 del Código de Justicia Militar para el caso concreto. En la práctica concreta lo que la Corte IDH, ya había señalado como parte del control de convencionalidad a los órganos jurisdiccionales nacionales, en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile", en el párrafo 123 de la sentencia:

"123. La descrita obligación legislativa del artículo 2º de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana"¹⁵.

4. Conclusiones

A través de las sentencias analizadas, el Tribunal Constitucional asume que, en virtud de la *norma de reenvío del artículo 5º inciso 2º de la Constitución*, el ámbito protegido de los atributos de los derechos esenciales y sus garantías, se amplían a través de otros atributos y garantías provenientes de su

¹⁵ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154, párrafo 123.

aseguramiento por el derecho convencional internacional ratificado por Chile y vigente, ya sea asumiendo el *bloque de constitucionalidad de derechos* o mediante *interpretación* que posibilita ampliar los atributos y garantías de los derechos expresamente asegurados en el texto constitucional, como asimismo por vía *interpretativa del reconocimiento de derechos implícitos*, como ya lo ha asumido la jurisprudencia del Tribunal en fallos mencionados en este artículo (roles Nº 226 de 30 de octubre de 1995 y Nº 1340-2009, de 29 de septiembre de 2009). El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado si dicho bloque constitucional de derechos puede engrosarse por vía de normas imperativas de *ius cogens* y por vía de *derecho consuetudinario internacional*, a diferencia de la Corte Suprema que, a través de su jurisprudencia, los reconoce y aplica directa y automáticamente.

Tal perspectiva implica asumir, como lo hace el Tribunal Constitucional en los casos analizados, una ampliación de atributos y garantías de los derechos esenciales considerando los estándares mínimos establecidos por el derecho internacional y sus órganos de interpretación y aplicación, asumiendo en tal perspectiva los *principios de progresividad y favor persona* contenidos en el artículo 29 literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, entre otros instrumentos del derecho convencional internacional ratificados y vigentes.

El Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios y especiales, en cuanto Estado-Juez, deben considerar los estándares mínimos interamericanos de derechos en sus resoluciones judiciales, una actuación jurisdiccional en detrimento de tales estándares serán considerados actos o resoluciones arbitrarios e irritos que vulneran derechos humanos asegurados por el *corpus iuris* interamericano y su interpretación auténtica y final por la Corte IDH conforme determinan los artículos 29 literal d) y 62.1 y 3 de la CADH, respectivamente. El no aseguramiento de los estándares mínimos de respeto y garantía de los derechos convencionales por parte de las resoluciones judiciales de los tribunales nacionales generan responsabilidad internacional por violación de derechos humanos y son consideradas carentes de valor y eficacia jurídica, como ha ocurrido en el caso chileno con las sentencias dictadas en “Palamara Iribarne vs. Chile”¹⁶; en “Almonacid Arellano vs. Chile”¹⁷; o en “Norín Catrimán y otros vs. Chile”¹⁸.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C Nº 135.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C Nº 279.

El Tribunal Constitucional tiene la competencia para ejercer control de constitucionalidad conforme al texto formal de la Constitución Política de la República, lo cual debe concretar de acuerdo con los diversos numerales del artículo 93 de la Constitución y en los términos que dicho enunciado constitucional determina. Sin embargo, por otra parte, el Tribunal Constitucional en virtud del mandato constitucional imperativo del artículo 5º inciso 2º, que reenvía a la CADH y las obligaciones generales jurídicas que ella determina para el Estado parte y para los órganos jurisdiccionales del mismo en sus artículos 1.1 y 2, las cuales exigen "respetar y garantizar" los derechos asegurados por ella y contribuir a través del ejercicio de su competencia jurisdiccional a cumplir las "*medidas (...) de otro carácter*", para dar efectividad a los estándares mínimos de derechos mediante el ejercicio *del control de convencionalidad*.

El Tribunal Constitucional se encuentra así en la *obligación jurídica de ejercer ex officio* (principio *iura novit curia*), el *control de convencionalidad como exigencia jurídica derivada del cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en virtud de la norma de reenvío del artículo 5º inciso 2º de la Constitución*.

Dicho control de convencionalidad lo debe ejercer el Tribunal Constitucional en su *carácter de Estado juez*, el cual comparte con todos los demás tribunales ordinarios y especiales, *sin que dicho control de convencionalidad sea una competencia exclusiva del Tribunal Constitucional*, pudiendo ejercerla *todos los demás tribunales dentro de su respectiva competencia y de acuerdo a los procedimientos determinados por el respectivo ordenamiento jurídico* para el ejercicio de ellas.

Así lo practica el Tribunal Constitucional en las dos sentencias analizadas, donde *desarrolla dicho control de convencionalidad*, conforme no sólo a los artículos 1.1, 2 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que aplicando también *los estándares mínimos fijados para la justicia militar en los fallos de la Corte IDH* en su *calidad de intérprete auténtica y final de la Convención*, conforme al artículo 62.3 de la misma, que el Tribunal Constitucional reconoce expresamente en los fallos analizados.

A su vez, el Tribunal Constitucional asume, como se desprende de las sentencias analizadas, que la jurisprudencia de la Corte IDH es de aplicación directa a otros casos similares u homologables a aquellos que dicha Corte ha resuelto directamente, lo que implica asumir la existencia de una jurisprudencia vinculante de la Corte IDH, aunque ella no corresponda directamente a casos chilenos. Ello implica asumir en el derecho chileno una perspectiva de jurisprudencia inexistente en el caso de los fallos de la judicatura interna, pero que emana de la correcta aplicación de los artículos 62, 67 y 68 de la CADH. Ello implica asumir que la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte IDH

adquieren fuerza normativa en cuanto cosa *interpretada* desarrollada por el intérprete auténtico y final de la Convención

Recordemos, finalmente, que los jueces nacionales son los que primero deben interpretar y aplicar de buena fe, como jueces interamericanos, el *corpus iuris* respectivo, ya que el sistema sólo hace operable la actuación de la Corte IDH subsidiariamente, cuando los jueces nacionales no han cumplido su tarea de aplicar el control de convencionalidad o han hecho una mala interpretación o aplicación de la misma.