



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Nogueira Alcalá, Humberto

Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre tratados internacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, después de la reforma constitucional de 2005

Estudios Constitucionales, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 97-153

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82029345004>

- 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

CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHOS ESENCIALES CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES, DESPUÉS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005*

LEGAL CONSIDERATIONS ON THE JURISPRUDENCE OF THE
CONSTITUTIONAL COURT ON INTERNATIONAL TREATIES AND
ESSENTIAL RIGHTS CONTAINED IN INTERNATIONAL TREATIES,
AFTER THE CONSTITUTIONAL REFORM OF 2005

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ**

Universidad de Talca - Chile
nogueira@utalca.cl

RESUMEN: El artículo tiene por finalidad analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno acerca de la consideración de los tratados internacionales después de la reforma constitucional de 2005 al artículo 54 N° 1 de la Constitución, como asimismo, el tratamiento jurisprudencial acerca de los derechos esenciales asegurados por tratados internacionales y la determinación de si el Tribunal Constitucional realiza una distinción adecuada entre los derechos esenciales que como tales limitan el ejercicio de la soberanía y el tratado internacional en que dichos derechos se encuentran asegurados y garantizados.

ABSTRACT: The article aims to analyse the jurisprudence of the Constitutional Court of Chile about the consideration of international treaties after the constitutional reform of 2005 to article 54 N° 1 of the Constitution, as also the treatment jurisprudence about the essential rights secured by international treaties and the determination of whether the Constitutional Court made a distinction

* Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt N° 1110016-2011-2013 en desarrollo por el autor como investigador responsable. Artículo presentado el 28 de mayo y aprobado el 16 de octubre de 2013.

** Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva; Profesor Titular de Derecho Constitucional, Director del Centro de Estudios Constitucionales y Director del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca; Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional; Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

between the essential rights which as such limit the exercise of the sovereignty and the international treaty that These rights are guaranteed and insured.

PALABRAS CLAVE: Fuentes del Derecho, Tratados Internacionales, Derechos Esenciales Asegurados por Tratados Internacionales.

KEY WORDS: Sources of Law, International Treaties, Essential Rights Secured by International Treaties.

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional chileno, en nuestra opinión, a través de sus fallos, ha contribuido en muchas materias a un desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico y de la dogmática constitucional chilena. Sin embargo, en el ámbito de la interrelación derecho internacional y derecho interno y, en especial, en materia de derechos esenciales contenidos en tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico y los principios que rigen en la materia, ha mostrado una ausencia de línea jurisprudencial consistente, pudiendo apreciarse vaivenes e inconsistencias a través de sus sentencias, la que si bien tiene una trayectoria que viene desde 1981 y sobre la cual hay diversos trabajos académicos¹, nos centraremos en el análisis de la jurisprudencia del período enero de 2006 a enero de 2013, dado que interesa evaluar la jurisprudencia producida después de la reforma constitucional de 2005, con aplicación de las modificaciones al artículo 54 N° 1 y el artículo 93 de la Carta Fundamental, concretadas por el Tribunal Constitucional con la nueva integración determinada por dicha reforma constitucional. En este artículo consideraremos algunos de los principales aspectos de dicha jurisprudencia, aquellos que son pacíficos en la doctrina y aquellos que son polémicos, con la perspectiva de un análisis jurídico crítico y constructivo debidamente fundado.

1. EL TRATADO INTERNACIONAL INCORPORADO VÁLIDAMENTE AL DERECHO CHILENO SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ASPECTOS PACÍFICOS DE SU JURISPRUDENCIA

El Tribunal Constitucional, asumiendo el razonamiento desarrollado por la doctrina y hecho operativo por algunos fallos de los tribunales ordinarios de justicia en la década de los años noventa, determina que un tratado internacional

¹ CUMPLIDO (1997), pp. 93-99. FERNÁNDEZ (2003), pp. 485-511. NOGUEIRA (1997), pp. 9-62. CUMPLIDO (1997), pp. 93-99. LLANOS (2005), pp. 345-379; Peña Torres (2006), pp. 593-611; PFEFFER (1997), pp. 63-72. RIBERA (2007), pp. 89-118; ALDUNATE (2013), pp. 83-125.

es distinto de un precepto legal, constituyendo dos tipos de normas jurídicas claramente diferenciadas.

Así, en la *sentencia Rol N° 288 de 24 de junio de 1999*, respecto del requerimiento formulado respecto del *Acuerdo entre Chile y Argentina sobre límites desde el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet*, afirmó respecto de los tratados internacionales en su considerando 14° que:

“después de la ratificación formal, el Estado se encuentra obligado a respetar sus cláusulas”.

Agregando en el mismo considerando, como una reflexión sobre la materia en el contexto del viejo articulado constitucional anterior a la reforma de 2005:

“En tal sentido, y sin entrar a profundizar el tema, pueden mencionarse algunos preceptos que decantan la distinción anotada: el artículo 5° alude a Constitución y tratados internacionales; el artículo habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley y el artículo 82, N° 2, en estudio, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

A su vez, el Tribunal Constitucional en su *sentencia Rol N° 804-07 de 28 de diciembre de 2007*, posterior a la reforma de 2005, en su considerando 12°, determina:

(...) una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud de derogarlo, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez, expresando un acto jurídico que se ha producido en contravención a las formas exigidas por la Constitución”.

Más tarde, el Tribunal Constitucional, en *sentencia Rol N° 1.288-2008*, de 25 de agosto de 2009, en su considerando 42°, señala:

“[...] el tratado internacional no es propiamente una ley, pues no se somete al mismo procedimiento que ella, sino que se rige, por lo menos en su formación, por las voluntades de dos o más Estados”.

Agregando en el mismo considerando que:

“En atención a lo anterior es que la Carta Fundamental precisa que las disposiciones de un tratado no podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas sino “en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional” (artículo 54, N° 1), inciso quinto). Con ello, además, se reconoce la intervención del derecho internacional tanto en la formación como en la derogación de los tratados;”.

El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 54 N° 1, inciso 5°, determina en la misma sentencia en consideración Rol N° 1.288-2008, en su considerando 56°,

“Que, conforme a las disposiciones constitucionales ya mencionadas, lo que el Estado de Chile no puede hacer es, por ley, derogar las disposiciones de un tratado, pues éste es un acuerdo entre dos Estados, a diferencia de la ley que es una manifestación de la soberanía de un solo Estado”.

El conjunto de estas consideraciones y afirmaciones del Tribunal Constitucional son elementos pacíficos y no discutidos en la doctrina y la jurisprudencia chilena. Sólo comentemos que el Estado de Chile no sólo no puede derogar mediante una ley un tratado, sino que tampoco puede hacerlo mediante una reforma constitucional o cualquier otro medio unilateral que pretenda emplear, la validez de un tratado y su vigencia depende del derecho internacional y no del acto unilateral de un Estado Parte, el que sólo puede desvincularse del mismo conforme a las reglas del propio tratado o las reglas generales del derecho internacional.

2. UN PRIMER TEMA POLÉMICO QUE PRESENTA LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SE DESLIZA EN LA SENTENCIA
ROL N° 1.288-2008, QUE HACE DEPENDER LA VALIDEZ DEL
TRATADO INTERNACIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

Volvamos al fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 1.288-2008, considerando 41°:

“(…). De este modo, tal como lo ha sostenido el profesor y doctor en derecho Teodoro Ribera, ‘la validez del tratado deriva de la legitimidad otorgada por la Constitución y es en ese marco y respetando a aquella que el tratado internacional puede tener vigencia interna’” (Informe enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de diciembre de 2006, p. 7).

Consideramos que tanto el Tribunal Constitucional en esta decisión de mayoría, como el Profesor Teodoro Ribera cometen un error conceptual básico al realizar esta afirmación. Un tratado, convención o pacto internacional constituye un enunciado normativo que tiene su validez y vigencia determinadas por el derecho internacional en cuanto constituyen fuente formal de éste. La Constitución chilena no determina la validez de un tratado internacional, sólo posibilita su incorporación al derecho interno sin dejar de ser dicho tratado norma de derecho internacional, posibilitando su *aplicabilidad preferente frente a las normas jurídicas*

de derecho interno una vez válidamente incorporado al ordenamiento jurídico nacional.

La *validez de un tratado* está determinada por su gestación de acuerdo al procedimiento determinado por el derecho internacional y no por la Constitución de un Estado, afirmar la validez de un tratado en virtud de lo que determina la Constitución de un Estado parte no tiene sustento jurídico en el derecho constitucional chileno ni en el derecho internacional, sin perjuicio de que dicha práctica constituye una clara vulneración de los artículos 26, 31.1. y 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, como asimismo de los principios imperativos del derecho internacional.

Desde la perspectiva del derecho constitucional chileno, a partir de la reforma constitucional de 2005, ningún órgano estatal puede modificar, suspender o invalidar un tratado internacional válidamente incorporado al ordenamiento jurídico en virtud de la norma expresa constitucional del artículo 54 N° 1, inciso quinto, que expresamente determina como regla constitucional:

“Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional”.

Todo acto de cualquier órgano estatal, incluido el Tribunal Constitucional, que busque alterar la validez, vigencia, aplicación y eficacia de un tratado internacional válidamente incorporado al derecho interno al margen de las normas del propio tratado o del derecho internacional genera responsabilidad internacional del Estado, la que se agrava aún más cuando con ello se vulneran estándares mínimos de derechos humanos, cuyos atributos y garantías se encuentren asegurados por dichos tratados.

La responsabilidad internacional del Estado se concreta por la acción u omisión contraria al derecho internacional que lo obliga, realizada por cualquier órgano estatal, incluido el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia, como bien ya lo determinó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “caso La última tentación de Cristo”², como lo recuerda el voto disidente de varios magistrados del Tribunal Constitucional en términos claros y categóricos en la sentencia Rol N° 1.288-2008, en su considerando referenciado con el literal r):

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La última tentación de Cristo*, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C N° 73.

“Tal argumento, propio exclusivamente de un análisis de derecho interno, resulta desvirtuado si se tiene presente que la responsabilidad internacional por la comisión de un ilícito internacional es atribuible al Estado como sujeto de derecho internacional y no a órganos determinados de éste, como podría ser el caso del Congreso Nacional o de los tribunales de justicia considerados independientemente”.

Cualquier intento de *reformular, invalidar o suspender* un tratado internacional por *un acto unilateral del Estado*, al margen de lo dispuesto por el propio tratado o por las reglas generales del derecho internacional genera responsabilidad internacional del Estado por vulnerar los artículos 26, 27 y 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que el Tribunal Constitucional reconoce expresamente en algunos de sus fallos (sentencia Rol N° 804, considerando 4°), reglas jurídicas las cuales se encuentran constitucionalizadas en el artículo 54 N° 1, inciso quinto, de la Constitución; sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional considera que, además, se encuentran constitucionalizados por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, conforme explicita en su sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados de 23 de enero de 2013, en su considerando duodécimo.

La Constitución sólo opera respecto del tratado en la determinación del procedimiento de incorporación al derecho interno, el que se realiza por medio de las normas de los artículos 32 N° 15, 54 N° 1 y el control preventivo de constitucionalidad del artículo 93 N° 1 o N° 3, según la materia a la que se refiera el tratado internacional, pero nunca corresponde al Estado parte la determinación de la validez de un tratado, ya que ella está determinada por los modos de producción del derecho internacional.

3. UN SEGUNDO TEMA POLÉMICO: LA FUERZA NORMATIVA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El Tribunal Constitucional explicita cambios significativos de posición sobre la ubicación de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico. En determinados casos afirma la *superioridad jerárquica de los tratados sobre la ley* y en otros afirma la *asimilación de los tratados a los preceptos legales*.

El Tribunal Constitucional, luego de muchas vacilaciones, había llegado a determinar en su sentencia Rol N° 346, de 8 de abril de 2002, anterior a la reforma constitucional de 2005, pronunciándose sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, asumiendo la tesis explicada por el profesor Alejandro Silva Bascuñán, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que:

“En esta forma queda consagrada la jerarquía normativa de los tratados, que es inferior a la de la Carta Fundamental, pero superior a cualquiera otra norma jurídica y que las afirmaciones anteriores conservan, a mi juicio, pleno valor, incluso respecto de los tratados sobre derechos humanos esenciales. Revisten éstos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa” (considerando 75°).

Dicho criterio jurisprudencial será revertido por el Tribunal Constitucional, post reforma constitucional de 2005, en el fallo Rol N° 1.288-2008 de 2009, considerando 43° determina:

“Que, respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional de 2005 a que ya se ha hecho referencia, y no obstante haberse precisado y aclarado con la modificación de la frase final del inciso primero del N° 1 del artículo 54 de la Constitución (“... se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”) que aquéllos no son propiamente una ley, como ya lo había por cierto entendido esta Magistratura (Rol N° 288), ello no es óbice a que, en cuanto a su rango, este Tribunal ha estimado que deben sujetarse a la Carta Fundamental;”.

En la misma sentencia, en su considerando 47°, agregará que:

“El reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de ‘precepto legal’”.

En el considerando 49 de dicha sentencia Rol N° 1.288-2008, el fallo sustentado por la mayoría de 6 de los 10 ministros del Tribunal Constitucional, esboza un fundamento para sustentar la fuerza de precepto legal de los tratados con el objeto de posibilitar el control reparador concreto de constitucionalidad de los tratados, que el texto de la Constitución no establece, afirmando:

“Pues bien, si se requirió reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad, en la medida que se cumplan los demás requisitos que la Constitución establece para ello;”.

Tal afirmación es consistente si se mira desde la etapa en que el tratado no vincula todavía al Estado chileno, siendo sólo un enunciado normativo convencional internacional, que el Estado tiene libertad para asumirlo con fuerza vinculante para sí o no vincularse por él.

Si el Estado desea vincularse jurídicamente a la fuerza normativa de dicho Tratado debe ratificarlo, para lo cual debe comprobar si su ordenamiento jurídico es compatible con dicha obligación internacional, para ello debe concretarse el examen de compatibilidad de dicha convención con el texto constitucional, si ellos no son compatibles, el tratado sólo puede incorporarse al derecho nacional previa reforma de la Constitución, control de compatibilidad que desde la perspectiva estatal realiza el Tribunal Constitucional, ya que la Constitución como norma superior del ordenamiento jurídico nacional no desea que existan conflictos normativos entre el derecho internacional y el derecho interno, lo que se conoce como control preventivo de constitucionalidad, conforme al artículo 93 inciso primero N°s. 1 y 3 de la Carta Fundamental, control de compatibilidad de las normas de derecho interno e internacional preventivo que debiera obligatoriamente practicarse antes de la incorporación de todos y no sólo de algunos tratados.

Ello es muy distinto a que la Constitución señale en su texto que el tratado válidamente incorporado al derecho interno tiene una fuerza normativa que considera adecuado atribuirle pretorianamente el Tribunal Constitucional. Ya que el tratado no tiene su fuente de validez ni de su eficacia jurídica en la Constitución estatal sino que en el derecho internacional, por lo que el Tribunal Constitucional debe asumir ambos ordenamientos jurídicos, el nacional y el internacional, reconociendo la fuerza jurídica que emana de ambos niveles normativos y reconociendo las fuentes de distinta naturaleza de ambos, no intentando subordinar a la Constitución las fuentes internacionales a las que libre y voluntariamente decidió el Estado vincularse, asumiendo las obligaciones jurídicas de esa expresión de voluntad soberana de buena fe y sin oponer obstáculos generados unilateralmente, como lo exige el artículo 54 N° 1 inciso 5° con fuerza normativa constitucional.

Como establecen tres de los cuatro ministros disidentes del fallo N° 1.288-2008, en su voto, en el literal p) de su disidencia, la Ministra de Relaciones Internacionales, señora Soledad Alvear, en la tramitación del proyecto de reforma constitucional de 2005 en el Senado en su primer trámite constitucional, precisó:

“El texto de la Constitución regula el proceso de celebración de un tratado internacional, estableciendo las competencias de los distintos órganos del Estado en esta materia (fundamentalmente, del Presidente de la República y el Congreso Nacional), pero nada dice respecto de la derogación o modificación de un tratado, lo que ha suscitado algunos problemas de interpretación, especialmente respecto a la relación entre éstos y las leyes posteriores que se pudieren promulgar y que fueren incompatibles con dichos tratados.

Parece necesario, dijo, regular estos aspectos puesto que se requiere resolver claramente el problema de la primacía de los tratados internacionales en relación con las normas

legales del Estado, evitando que una ley posterior pueda derogar o modificar un tratado existente.

Señaló que este tema debería resolverse haciendo consistente la solución de un conflicto entre normas internacionales e internas, dando primacía a las primeras, como lo establece el Derecho Internacional (artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), evitando, además, que el Estado incurra en permanentes e, incluso, a veces involuntarias situaciones generadoras de responsabilidad internacional” (Senado de la República. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, 6 de noviembre de 2001, pp. 332-333).

Así lo afirmó también el Supremo Gobierno de la Nación, como órgano colegislador, luego de haber actuado como parte del poder constituyente instituido de 2005, a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia en el debate sostenido a propósito del segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, sobre el artículo 47 b) del proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. En efecto, como señala el señor Subsecretario de dicha Cartera, Edgardo Riveros, en el debate parlamentario:

“En esa oportunidad, la decisión política del constituyente fue instalar el control preventivo de constitucionalidad sobre determinados instrumentos internacionales que en adelante sometiera el Presidente de la República a la aprobación del Congreso Nacional. No se pretendió dar a la reforma un efecto retroactivo ni general, porque los efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en las cuestiones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad podrían dejar sin aplicación las disposiciones de un tratado para uno o más casos determinados, en una primera etapa, y las derogarían, en la siguiente.

“Es evidente que esos efectos son incompatibles con el Derecho de los Tratados, establecido en la Convención de Viena de 1969, puesta en vigor en nuestro país mediante el decreto N° 381, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1981. Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en consideración que nuestro país, al ratificar dicha Convención, hizo una reserva declarando su adhesión al principio general de inmutabilidad de los tratados.

“Una sentencia del Tribunal Constitucional chileno que deje sin efecto un tratado internacional entraría en franca colisión con el artículo 27 de la Convención de Viena recién citada, según el cual una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

“En consecuencia, este artículo 47 B, y la indicación que plantea su supresión, deben ser examinados adoptando una óptica coherente con las relaciones internacionales de Chile”.

A su vez, el Director Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, señor Claudio Troncoso, expresó:

“la modificación que hizo la Ley N° 20.050 en el número 1) del artículo 50 de la Constitución Política de la República, que pasó a ser artículo 54, descarta absolutamente la interpretación según la cual, hasta entonces, se había asimilado la naturaleza jurídica de los tratados a la de la ley.

“Es así que esa conclusión exegética, acuñada por la Corte Suprema sobre la base de la frase que señalaba que la aprobación por el Congreso de los tratados internacionales se sometería a los trámites de una ley, tuvo cabida bajo el imperio de las Constituciones chilenas de 1833, de 1925 e incluso la de 1980, hasta la reforma de 2005. Ella no estaba expresada en un texto normativo explícito.

“El claro texto del número 26 del artículo 1° de la Ley N° 20.050, que sustituyó el artículo 50 de la Constitución, hoy artículo 54, descarta manifestamente semejante interpretación. El reemplazo que el número 42 del artículo 1° de la citada ley hizo del artículo 82 de la Carta, hoy artículo 93, apunta en la misma dirección”.

En efecto, aseveró el abogado señor Troncoso, la reforma de 2005 estableció que, de allí en adelante, la aprobación de un tratado se someterá *“en lo pertinente”*, a los trámites de una ley, lo cual deja meridianamente claro que *la Constitución no opera un asimilación entre la naturaleza jurídica de ambos tipos de norma, sino que, reconociendo la especificidad de cada una, hace aplicable a la tramitación legislativa de los proyectos de acuerdo sobre aprobación de tratados las disposiciones sobre formación de las leyes, en lo que sea pertinente, en otros términos, en lo que resulte apropiado.*

A mayor abundamiento, el señor Troncoso recalcó que el párrafo quinto del número 1) del artículo 54 de la Constitución que se incorpora con la reforma de 2005, establece que las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional. *Esto excluye* la posibilidad de que esas disposiciones sean suspendidas, para determinados casos, o dejadas sin efecto, en otros, en mérito de una sentencia del Tribunal Constitucional.

Así, como lo expresa el Ejecutivo en la fundamentación tanto del proyecto de reforma constitucional de 2005, como luego como colegislador al proponer la reforma de la LOC del Tribunal Constitucional, todo tratado internacional incorporado válidamente al ordenamiento jurídico chileno conforme a las normas determinadas en la Carta Fundamental, a diferencia de las normas generadas por fuente interna y unilateralmente por la voluntad únicamente de los órganos del mismo Estado chileno, no son susceptibles de derogación, modificación, suspensión,

alteración u otras formas de alteración de su aplicación por voluntad unilateral del Estado, *teniendo aplicación preferente sobre el derecho interno de acuerdo a lo que el Estado ha consentido libre y voluntariamente*. Dicha perspectiva fue expresamente asumida por el gobierno y los diversos sectores representados en el Senado en el primer trámite constitucional de la reforma constitucional de 2005³.

Frente a tan contundente evidencia, la sentencia Rol N° 1.288-2008 de 2009, recurre a la opinión aislada del Senador Hernán Larraín, a la que se hace referencia como carta de triunfo de apoyo a sus consideraciones, lo que sólo confirma *un vicio en que incurre el Tribunal Constitucional algunas veces*, el cual es acudir a la de cita de opiniones personales aisladas de miembros de un órgano colegiado, *que no constituyen acuerdos*, como ocurre en este caso. Las opiniones aisladas no tienen más valor que el fundamento que la sostiene, no siendo historia fidedigna del precepto constitucional respectivo por no constituir un acuerdo del órgano constituyente derivado.

El Tribunal Constitucional abandonará la perspectiva de que los tratados válidamente incorporados al derecho interno constituyen enunciados normativos con *rango y fuerza de ley*, retomando la perspectiva abandonada del fallo Rol N° 346 de 8 de abril de 2002, en el *considerando duodécimo de la sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados, de 23 de enero de 2013*, en la que vuelve a afirmar la “*jerarquía suprallegal de los tratados internacionales*”, con cita expresa al Rol N° 346 de 2002, pero no abandona el paradigma y concepción mental de concebir a los tratados como parte de los enunciados normativos que se sitúan en la gradación de fuentes formales determinadas unilateralmente por el Estado.

Considerando estos vaivenes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos afirmar que el texto constitucional nos lleva a la conclusión de que los tratados internacionales *se incorporan válidamente como tales al ordenamiento jurídico chileno*, una vez cumplidas las formalidades del caso, las cuales se encuentran determinadas en los artículos 32 N° 15, 54 N° 1 y 93 N°s. 1 y 3 de la Constitución, *pasando a ser normas de derecho positivo interno, sin dejar de ser normas de derecho internacional*, siendo de *aplicación preferente* sobre las normas generadas unilateralmente por el Estado, en virtud de lo que dispone expresamente la propia Constitución en su artículo 54 N° 1, inciso 5°, mientras ellos no sean modificados, suspendidos o denunciados conforme a las reglas del propio tratado o conforme a las reglas generales del derecho internacional. Toda perspectiva o conducta contraria de órganos del Estado a ello, vulnera la Constitución y su fuerza normativa. Tal

³ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, pp. 188 y ss.

perspectiva tiene una excepción que es la intervención del postulado *pro homine* o *favor persona*, que, en materia de enunciados normativos que regulan los atributos y garantías referentes a derechos fundamentales o humanos, debe aplicarse la norma que más los potencia o permite su ejercicio, no importando si ella es de generación de derecho interno o de derecho internacional.

Por otra parte, *aplicar a los tratados internacionales los conceptos y reglas propias del ordenamiento jurídico estatal constituye otro error*. No se puede hablar de *jerarquía del tratado en relación a la ley*, ni tampoco de que el tratado tiene rango superior o igual a la ley. Las expresiones “*rango de ley*” y “*fuerza de ley*” sólo son predicables de normas que emanan del ordenamiento jurídico que tiene como fuente de validez la Constitución estatal, la que determina los modos de producción de enunciados normativos infraconstitucionales. *El rango de ley* otorga a ciertos enunciados normativos, los preceptos legales, generados conforme a la Constitución por los órganos colegisladores que expresan la voluntad unilateral del Estado, una determinada *fuerza de ley* tanto en su dimensión pasiva como activa, la que se manifiesta en relación a otras fuentes del derecho generadas unilateralmente por el Estado conforme a la Constitución, que son infralegales, vale decir, constituyen grados inferiores a la ley en la gradación de fuentes formales internas de dicho ordenamiento jurídico, determinando la fuerza normativa superior de la ley respecto de la potestad reglamentaria. *El rango de ley* es el presupuesto necesario para la atribución de la *fuerza de ley* como asimismo para la asignación de un *valor de ley* que el ordenamiento jurídico estatal le otorga a los enunciados legales teniendo presente su posición en el sistema constitucional de fuentes formales del ordenamiento jurídico.

A diferencia de la ley, la fuerza normativa del tratado viene dada por el derecho internacional que determina su existencia, validez y vigencia, la cual no es una fuerza normativa derivada de la Constitución Estatal. *El tratado no tiene rango ni fuerza de ley, sino fuerza normativa de tratado*, que es fuerza normativa que puede oponerse a toda norma de generación unilateral del Estado, mientras el tratado no sea eliminado del ordenamiento jurídico conforme a las reglas del derecho internacional, posición que determina la propia Carta Fundamental en el artículo 54 N° 1, inciso 5°, lo que no es percibido por el Tribunal Constitucional, simplemente por no asumir el cambio de paradigma mental que implica reconocer que existen distintos niveles normativos que deben armonizarse y conjugarse, no siendo todos dependientes en su validez y fuerza normativa de la Constitución estatal. *El artículo 54 N° 1 inciso 5° impide la adopción de toda norma de derecho interno incluida una reforma constitucional que afecte la fuerza normativa del tra-*

tado internacional vigente en el derecho interno. El artículo 54 N° 1, inciso 5° se encuentra en perfecta armonía con los artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, por lo que la generación de una norma unilateral del Estado de cualquier jerarquía en contrario vulnera tanto la fuerza normativa de la Constitución como del derecho internacional.

En todo caso, si la sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados, de 23 de enero de 2013, no es un fallo cuya *ratio decidendi* sea rápidamente abandonada en una próxima sentencia, constituyendo un principio de línea jurisprudencial estable, éste implica al menos reconocer una *fuerza normativa del tratado superior a la ley*, superando la tesis sostenida en la sentencia de 2009, que afirmaba que los tratados tenían *fuerza de precepto legal*. Tal perspectiva nos lleva a plantear la duda de cuál sería el predicamento del Tribunal Constitucional sobre la fuerza normativa del artículo 54 N° 1, inciso quinto, sobre una reforma constitucional que constituyera una vulneración de normas convencionales internacionales válidamente incorporadas al derecho interno, sin alterar la disposición constitucional señalada.

Puede sostenerse así la ausencia de una línea jurisprudencial coherente y estable del Tribunal Constitucional sobre la fuerza jurídica normativa de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico, con variaciones de posiciones en cortos períodos de tiempo, lo que genera un nivel peligroso de inseguridad jurídica y de afectación de la igualdad en la aplicación del derecho.

4. ¿ES POSIBLE O NO ES POSIBLE REALIZAR UN CONTROL REPARADOR DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS RATIFICADOS Y VIGENTES A TRAVÉS DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTROL CONCRETO REPARADOR DE PRECEPTOS LEGALES DEL ARTÍCULO 93 N° 6 DE LA CONSTITUCIÓN? LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 2009, ¿ES COHERENTE A LA LUZ DE LA SENTENCIA DE ENERO DE 2013?

El fallo Rol N° 1.288-2008, afirma en su considerando 48° del fallo que los “*tratados internacionales*” son *preceptos legales*”, con el objeto de dar sustento a la autoatribución de realizar control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de tratados internacionales como la misma sentencia determina en el considerando 41°:

“Que respecto de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional aludida (la del año 2005) esta Magistratura efectúa dos órdenes de controles. [...]. Segundo, un control ex post y concreto –facultativo– de constitucionalidad de una norma de un tratado

que, en cuanto ‘precepto legal’, pueda resultar contraria a la Constitución en su aplicación en ‘cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial’, esto es, el Tribunal Constitucional puede declarar inaplicable la disposición de un tratado a un caso concreto, conforme a la atribución que le otorga el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, arriba transcrito. De este modo, tal como lo ha sostenido el profesor y doctor en derecho Teodoro Ribera, “la validez del tratado deriva de la legitimidad otorgada por la Constitución y es en ese marco y respetando a aquella que el tratado internacional puede tener vigencia interna” (Informe enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 9 de diciembre de 2006, p. 7).

Desde la perspectiva del tratado ya válidamente incorporado al ordenamiento jurídico, nos parece inadecuada la afirmación del Tribunal Constitucional.

Primero, porque una interpretación sistemática de la Constitución en sus artículos 54 N° 1, inciso 5° y 93 inciso primero, N°s. 1°, 3° y 6° no lo permite, ya que al efecto el control reparador de constitucionalidad está prevista sólo para los *preceptos legales* y los *tratados*, como ya hemos podido comprobar anteriormente, no tienen naturaleza de preceptos legales en cuanto no son expresión de la voluntad unilateral del Estado; no tienen su fuente de validez ni su fuerza normativa emanada del ordenamiento constitucional, tienen fuerza normativa determinada por el derecho internacional que es resistente a cualquier decisión normativa de derecho interno o acto de potestad unilateral del Estado. La Constitución en ninguna norma de su texto determina una eventual jerarquía normativa del tratado.

Cabe, además, señalar la necesaria consideración y aplicación del *principio de efecto útil* de los enunciados constitucionales, si se interpretara que un tratado es equivalente a un “precepto legal”, perdería todo sentido y *efecto útil* la diferenciación clara y tajante que realiza la Constitución en su artículo 93, en sus numerales 1° y 3° sobre las atribuciones del Tribunal Constitucional, entre leyes, proyectos de ley, proyectos de reforma constitucional y tratados.

Expongamos la evidencia normativa positiva. El artículo 93 N° 1 de la Constitución señala como atribución del Tribunal Constitucional:

“Ejercer el control de constitucionalidad de *las leyes* que interpretan algún precepto de la Constitución, de las *leyes orgánicas constitucionales* y de las *normas de un tratado* que versen sobre materias propias de estas últimas, *antes de su promulgación*”.

Asimismo, el artículo 93 en su numeral 3°, también distingue claramente la atribución del Tribunal Constitucional para:

“Resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

La *interpretación conforme a la Constitución que debe realizar el Tribunal Constitucional tiene su límite en la propia norma constitucional, su tarea es de un poder constituido no de un poder constituyente*, ya que no le está permitido al operador jurisdiccional adulterar las palabras ni realizar una interpretación contra norma expresa; como asimismo tampoco le está permitido vulnerar el *principio de efecto útil* de las distinciones de vocablos y conceptos realizados por el texto constitucional, lo que lo hace además inconsistente con su propia jurisprudencia ya mencionada sobre este principio.

Precisemos que el Tribunal Constitucional reiteradamente ha manifestado que “*no es dable aceptar en la interpretación de la Constitución ni de la ley que sus autores incorporen en sus textos normas superfluas, reiterativas o innecesarias que lejos de contribuir a la clarificación de sus prescripciones, confundan o tornen oscuro o difícil de comprender lo que para el legislador es claro y preciso*”⁴. El mismo Tribunal Constitucional ya había señalado anteriormente que “*cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella*”⁵ *no era aceptable*.

Segundo, insistir en la *fuerza de precepto legal* de un tratado para crear un control reparador concreto inexistente de los tratados en la Constitución contradice en sus términos el artículo 54 N° 1 inciso 5°, ya que implica suspender la fuerza y eficacia del tratado temporalmente para el caso concreto, además, de pasar por encima del texto de los numerales 1° y 3° del artículo 93 inciso primero de la Carta Fundamental, que otorga control sobre tratados en el período anterior a su incorporación al ordenamiento jurídico. Resultaría curioso que la Constitución distinga entre tratados, reforma de la constitución y preceptos legales en los numerales 1° y 3° del artículo 93 inciso primero en análisis y después, dando un salto lógico se determine que la distinción hecha por la Carta Fundamental no tiene importancia para el artículo 93 inciso primero N° 6, ya que preceptos legales y tratados son lo mismo, dicho forzamiento del texto constitucional y de su objeto y fin carece de toda seriedad interpretativa.

En Chile el aforismo de que el Tribunal Constitucional es *un poder constituyente en sesión permanente*, no es sostenible, viola flagrantemente el artículo 7° de las Bases de la Institucionalidad, las cuales, como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, “*irradian todo el ordenamiento jurídico*”. El Tribunal Constitucional es un órgano constituido con *competencias taxativamente determinadas en el*

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 325 de 26 de junio de 2001, considerando 47.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 33, de veinte de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, considerando 19: LOC Tribunal Calificador de Elecciones.

artículo 93 de la Carta Fundamental, que no puede extender discrecionalmente según su voluntad, ya que ello vulnera el inciso 2º del señalado artículo 7º de la Constitución, que expresa textualmente:

“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

A su vez, a la luz de la retomada jurisprudencia de la *jerarquía superior de los tratados sobre las leyes* por parte del Tribunal Constitucional en su sentencia de enero de 2013 ya considerada, determina que la realidad normativa de los tratados sería *supra legal*, si el Tribunal fuera consistente con dicho pronunciamiento, debería revisar su argumentación de la sentencia de 2009, lo que le obligaría por coherencia con su último fallo a descartar el control reparador sobre tratados internacionales que la Constitución no establece y que el Tribunal creó pretorianamente bajo la interpretación de que los tratados son enunciados normativos con fuerza de ley, al haberse abandonado dicha tesis.

En todo caso no podemos dejar de reiterar que, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal Constitucional, nos parece correcto señalar que los tratados, conforme al texto constitucional, tienen aplicación preferente frente a todas las normas jurídicas que son generadas unilateralmente por el Estado de acuerdo al modo de producción determinado constitucionalmente, cuando ellas entran en conflicto con un tratado internacional, pero el tratado *carece de jerarquía* respecto de ellas, ya que no son normas que surgen, tienen validez y fuerza normativa conforme lo determine el ordenamiento estatal, sino conforme lo determine el derecho internacional. Aquí nuevamente se hace presente un déficit de esfuerzo de armonización interpretativa convergente entre derecho interno y derecho internacional.

En la misma perspectiva reseñada, consideramos en nuestra opinión que es erróneo sostener, como lo hace el Tribunal Constitucional en su fallo Rol N° 804 de 2007, considerando 12, que:

“En tales circunstancias, una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud de derogararlo, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez, expresando un acto jurídico que se ha producido en contravención a las formas exigidas por la Constitución”.

No es que la ley carezca de validez, la cual está determinada conforme a los requisitos formales y materiales determinados por la Constitución, no conforme al tratado, lo que ocurre es que frente al conflicto normativo ley-tratado, el *tratado tiene fuerza aplicativa pasiva y activa preferente al precepto legal*, cuando ambos

entran en conflicto, todo ello desde una perspectiva normativa formal, ya que habría que examinar el tema desde la perspectiva sustantiva de derechos fundamentales si éstos están en juego, donde como ya hemos precisado, el principio de resolución de conflictos no es de carácter formal sino material o sustantivo conforme al postulado *pro homine* o *favor persona*⁶.

5. EL TRATAMIENTO AMBIGUO POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LOS DERECHOS ESENCIALES CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES

Es interesante al efecto el fallo del Tribunal Constitucional de los roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados de 23 de enero de 2013, cuando asumiendo una perspectiva estrictamente formalista, en su considerando undécimo recuerda el criterio vertido en la sentencia Rol N° 46 de 1987, donde el Tribunal Constitucional había determinado que el capítulo, en ese entonces XIV de la Constitución, actualmente capítulo XV, sobre reforma constitucional,

“quedaría parcialmente sin sentido si por la vía de los tratados internacionales de derechos humanos se pudiera enmendar su texto (considerando 70°), con lo cual descartó la tesis de que a tales tratados pudiera reconocérseles rango constitucional”.

Dicho recuerdo de una sentencia constitucional con otro texto constitucional, aquél era el original de 1980, parece olvidar las importantes reformas constitucionales de 1989 y 2005, que modificaron el texto constitucional y que obligan a una nueva interpretación unitaria, sistemática y finalista de la Constitución. La segunda observación es que dichas reformas contienen importantes modificaciones sobre la regulación constitucional de los tratados, su incorporación, su vigencia, aplicabilidad y fuerza normativa, de acuerdo al artículo 54 N° 1 de la Constitución; y la primera, la cual incorporó al artículo 5° inciso 2°, la segunda oración que establece como imperativo constitucional categórico:

“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (los derechos esenciales), garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”,

⁶ PINTO (1997); CARPIO (2004). NOGUEIRA (2006); CASTILLA (2009). AYALA (2012). PEÑA TORRES (2013). NASH (2013).

Dicha oración final del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución complementa y potencia la afirmación hecha por el constituyente originario en la primera frase del artículo 5º inciso 2º:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

El Tribunal Constitucional en la sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados de 23 de enero de 2013, en su considerando duodécimo reflexiona sobre dicho artículo 5º inciso 2º, señalando que:

“Si bien se mira, esa obligación o deber les correspondería a los órganos del Estado de Chile aunque esa norma específica no existiera, en virtud del principio internacional pacta sunt servanda —que se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados—, que obliga a todos los órganos del Estado parte a cumplir, de buena fe, las obligaciones adquiridas en virtud del tratado, sin admitir excusas fundadas en la aplicación del derecho interno (artículo 27 de la Convención de Viena)”.

Agregando en el mismo considerando:

“Lo que hace, entonces, esa norma constitucional es reforzar, mediante un enunciado específico, esa obligación en materia de derechos humanos, pero no tiene la virtud de elevar —ni podría hacerlo, ya que no fueron aprobados en ejercicio del Poder Constituyente— tales tratados a rango constitucional” (sic).

Resulta de interés que el Tribunal Constitucional explicita en una sentencia, por la unanimidad de sus miembros, que el artículo 5º inciso 2º, refuerza, constitucionalizando los artículos 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, otorgándoles, en el lenguaje usado por el Tribunal Constitucional, *jerarquía constitucional a dichas normas*.

Sin perjuicio de considerar la afirmación del Tribunal Constitucional, como una de las miradas interpretativas posibles del artículo 5º, inciso 2º, pareciera que dichos principios no son constitucionalizados en dicha norma sino que en otra, con un alcance más amplio, que es producto de la reforma de 2005, que es válida no sólo para los derechos humanos considerados por los tratados sino para cualquier tratado válidamente incorporado al derecho interno, en forma mucho más directa, evidente y clara, que es el artículo 54 N° 1, inciso 5º, ya varias veces mencionado.

Lo que hace la segunda frase del artículo 5º, inciso 2º, es establecer la obligación jurídica de todos los órganos del Estado de *respetar y promover los derechos esenciales contenidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes*. La perspectiva de la

oración final del artículo 5º, inciso 2º, no es formalista como pretende verla el Tribunal Constitucional sino sustancialista o material. Son los *derechos esenciales* contenidos en el “envase normativo” denominado tratado internacional lo que constituye “una limitación al ejercicio de la soberanía” como determina la Constitución Política, en su artículo 5º, inciso 2º, estableciendo el deber imperativo constitucional de todos los órganos estatales de *respetarlos y promoverlos*.

La interpretación constitucional, debe ser afirmado una vez más, no es descontextualizada, sino unitaria, sistemática, armónica y finalista. No se puede establecer una interpretación aislada de una frase del texto constitucional que no considere el contexto del inciso y dicho inciso en el contexto del artículo y dicho artículo en el marco del capítulo de Bases de la Institucionalidad, partiendo del artículo 1º de la Carta Fundamental que fundamenta los derechos en la dignidad humana y no en un envase normativo específico y determina una concepción instrumental y personalista del Estado.

El Tribunal Constitucional sigue analizando el artículo 5º, inciso 2º, en el fallo analizado de enero de 2013, en el considerando decimotercero:

“El deber de respetar los derechos consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes se refiere al imperativo que pesa sobre los órganos del Estado de hacer cumplir las normas que los contienen cuando éstas son suficientemente autónomas para ejecutarse sin necesidad de una regulación adicional. En cambio la obligación de promover los derechos alude a la necesidad de remover los obstáculos que dificulten su libre ejercicio”.

Las afirmaciones señaladas tienen un salto lógico que es necesario señalar, ellas parten afirmando el deber de respetar los derechos (“*esenciales*”, agreguemos para ser fieles al texto constitucional), que se encuentran asegurados en tratados ratificados y vigentes, lo que constituye un imperativo constitucional que pesa sobre todos los órganos estatales, hasta aquí vamos bien, pero luego viene el salto lógico que realiza el razonamiento de la sentencia, por el cual se pasa de la consideración de los *derechos esenciales* a la dimensión formal de las *normas que los contienen*, las que deben ser autoejecutables, vale decir, “sin necesidad de una regulación adicional”.

El paso de la reflexión de los *derechos esenciales* a la reflexión sobre la *norma jurídica “tratado” que lo contiene*, es un salto lógico no razonado que realiza el Tribunal Constitucional en la sentencia señalada y que consideramos que el artículo 5º inciso 2º de la Constitución no autoriza, en base al cual el Tribunal Constitucional *se niega a reconocer el bloque constitucional de derechos esenciales*, por una opción subjetiva, no establecida en el texto de la Constitución, perspectiva que podría asumirse legítimamente si se tienen y explicitan fundamentos jurídicos

constitucionales que no aparecen en esta sentencia ni en otras, así se pasa de los derechos esenciales a los tratados que los aseguran, dicho salto de lo sustantivo a lo adjetivo posibilita al Tribunal Constitucional afirmar luego que *los tratados de derechos humanos no constituyen parte del bloque constitucional de derechos*, tal perspectiva sólo expresa una afirmación entusiasta de principio de carácter subjetivo más que una posición adecuadamente fundada sobre la materia, más aún cuando se ha sido fluctuante en la materia acogiendo en oportunidades tales derechos esenciales contenidos y asegurados por tratados como parte del parámetro de control de constitucionalidad como veremos en otro epígrafe de este artículo; en efecto, no hay una explicación fundada jurídicamente que posibilite afirmar que el imperativo constitucional de que *los derechos esenciales asegurados y garantizados por tratados ratificados y vigentes que deben ser respetados y promovidos por todos los órganos estatales, no se asimilen a los derechos fundamentales, teniendo todos ellos su fundamento en la dignidad humana y constituyendo todos ellos “limitaciones al ejercicio de la soberanía”, como explícitamente determina el texto constitucional*.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia analizada de enero de 2013, no puede afirmar explícitamente que *los atributos de los derechos esenciales asegurados por los tratados de derechos humanos no son límites al ejercicio de la soberanía*, ya que ello implicaría contradecir directamente el texto constitucional, por lo tanto, se busca el enfoque formal para sostener que la enunciación normativa que contiene los derechos esenciales es infraconstitucional, dejando de lado el pronunciamiento sustantivo.

Recordemos sólo algunos considerandos de diversas sentencias del Tribunal en la materia en que asume y sustenta lo que en la sentencia de 23 de enero de 2013 no tiene voluntad de afirmar, para lo cual recordemos las expresiones del propio Tribunal Constitucional chileno, en su sentencia sobre la “Unidad de análisis financiero y modificación del Código Penal en materia de lavados y blanqueo de activos”:

“Que en tal orden de ideas cabe recordar, primeramente, por ser base del sistema constitucional imperante en Chile, el artículo 1° inciso primero de la Constitución, el cual dispone que ‘las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos’. Pues bien, la dignidad a la cual se alude es aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad de ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados;”⁷.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 389, de fecha veintiocho de octubre de 2003, considerando 17°.

El Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 943-07, de fecha diez de junio de dos mil ocho, señaló que:

“Que, como ya se ha señalado, el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso segundo, de la misma, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado;

Que estos principios y valores, como ya se recordó —y lo hace manifiesto el inciso segundo del artículo 6º de la Constitución, que precisa que sus preceptos obligan no sólo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo—, no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución;

Que, por lo recién expresado, debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema”⁸.

En otra sentencia el Tribunal Constitucional, la Rol N° 1218-08 del año 2009, ha precisado que:

“Decimoséptimo. Que de la dignidad, que singulariza a toda persona humana, se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la protección de la salud y a la seguridad social, cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre, incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos;”⁹

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional; Rol N° 943-07, de fecha diez de junio de dos mil ocho, considerando 30º al 32º.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1218-08-INA, de siete de julio de dos mil nueve, considerando 17º.

Señalemos que el Tribunal Constitucional también ha determinado en sentencia Rol N° 1218-08-INA, de siete de julio de dos mil nueve, que:

*“Que el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos;”*¹⁰.

Dicha perspectiva se reitera en diversos otros fallos del Tribunal Constitucional con exactamente la misma redacción, entre ellos, la sentencia Rol N° 1710-10 INC de 6 de agosto de 2010, considerando 87°.

La denominación utilizada de *derechos “esenciales”, humanos o fundamentales*, explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, la *dignidad humana*, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el *núcleo básico irreductible e irrenunciable del status jurídico de la persona*. La denominación de *derechos esenciales, fundamentales o humanos* denota el *carácter de fundamento del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos*, constituyendo el núcleo sustantivo irreductible del ordenamiento jurídico estatal y de la convivencia civilizada internacional. El *criterio de fundamentalidad de los derechos* es esencialmente *material o sustantivo*, dice relación con la dignidad humana, la libertad y la igualdad que son su fuente y con los ámbitos que posibilitan la existencia y el desarrollo del ser humano, en un contexto histórico y cultural determinado, dentro de una sociedad política construida con su participación y a su medida.

Puede sostenerse, entonces, que los derechos esenciales, fundamentales o humanos se protegen por su importancia intrínseca, desechando la concepción de que ellos son fundamentales porque son protegidos. Como señala Ferrajoli, desde una perspectiva positivista, *“Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que*

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1218-08-INA, de siete de julio de dos mil nueve, considerando 18°.

*acontece con lo que no puede dejar de acontecer*¹¹, concordamos en este punto con Ferrajoli, el que agrega: “*La ausencia de garantías debe ser considerado como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar*”¹², la cual puede ser superada por una interpretación integradora de los derechos y sus garantías.

Los *derechos esenciales* conforman una sola unidad y sistema, por ello puede hablarse de *bloque constitucional de derechos esenciales* y no de *bloque constitucional de normas*, los *derechos esenciales* es lo que el Estado tiene el deber de asegurar, respetar, garantizar y promover, los cuales pueden estar en un envase normativo constitucional o de fuentes del derecho internacional o incluso deducirse de valores y principios constitucionales, en cuyo caso estamos ante derechos no positivados, como son los “derechos implícitos”, “no enumerados”, “nuevos derechos” o “derechos de reconocimiento jurisprudencial” o cualquier otro “*nomen juris*” que desee otorgárseles.

El Tribunal Constitucional chileno ha reconocido en su jurisprudencia, estos derechos “innominados”, “implícitos”, o “nuevos derechos”.

En efecto, el *Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol N° 226 de 30 de octubre de 1995, considerando 25º*, 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*”.

Anteriormente, ya la Corte de Apelaciones de Santiago en 1994, había sustentado que:

“(...) en materia de derechos humanos, y de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, existen *derechos constitucionales implícitos* que son aquellos que no se encuentran expresamente mencionados en el texto constitucional, pero que son derechos esenciales, entre los que pueden citarse el derecho a la personalidad jurídica, el derecho al nombre, el derecho a constituir una familia, que si bien no son Constitución en sentido formal, sí son Constitución en sentido material, ya que tales derechos, de acuerdo a la

¹¹ FERRAJOLI (2004), p. 65.

¹² FERRAJOLI (2004), p. 63.

*norma constitucional nombrada, constituyen un límite a la soberanía, por tanto al Poder Constituyente derivado y a los poderes constituidos o instituidos [...]*¹³.

El enfoque formalista de los *derechos esenciales* desde la perspectiva de las fuentes formales del derecho interno, sin la consideración de que ellos también están asegurados por el derecho internacional en sus diversas fuentes, negando una visión integrada y de protección integrada y multinivel de los derechos esenciales, a partir de que todos ellos tienen su fundamento en la dignidad humana y constituyen atributos de la persona humana, lo que posibilita potenciar una línea de sinergia entre ellos, independientemente que se encuentren asegurados por la Constitución o por el derecho internacional convencional ratificado y vigente, empobrece y parcializa *ideológicamente* el pleno sentido y alcance de los *derechos esenciales*.

Si la Constitución asegura, garantiza y promueve *derechos esenciales* y éstos son *limitaciones al ejercicio de la soberanía estatal*, ellos son tales *por su sustancia y no por la fuente formal en que están contenidos*. Ello implica que el operador jurídico, cualquiera sea éste y el nivel que ocupe en el aparato jurisdiccional del Estado, debe partir por considerar si estamos frente a *derechos esenciales* y no cuál es su envase normativo en que *tales derechos esenciales* se encuentran.

Si el Estado ha ratificado tratados internacionales que contienen *derechos esenciales*, más aún, si el preámbulo del mismo tratado así lo explicita expresamente, el Estado y sus órganos al incorporar válidamente el tratado al ordenamiento jurídico, se supone que ha asumido seria y responsablemente sus fundamentos, ya que ellos han sido analizados por el Gobierno y por el Congreso Nacional antes de su ratificación y, por tanto, al ratificarlo lo hacen de buena fe, en el entendido de cumplir, *respetando, garantizando y promoviendo los derechos esenciales asegurados en el tratado*, el que se ha ratificado libre, voluntaria y espontáneamente; por lo tanto, el Estado asume *la obligación jurídica* de entender y aplicar tales *derechos como esenciales y que emanan de la dignidad humana*, y como tales, de acuerdo al texto expreso de la Constitución constituyen una *limitación del ejercicio de la soberanía* y un *deber constitucional de todos los órganos estatales asegurarlos y promoverlos*, actuando de buena fe, cumpliendo las obligaciones jurídicas contraídas y no oponiendo obstáculos de derecho interno a tal cumplimiento.

¹³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 13.597-94, de 26 de septiembre de 1994, considerando décimo, literal f.

Pongamos nuevamente la evidencia del derecho positivo que constituye la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual citamos una parte de su preámbulo, el que con claridad meridiana determina:

“Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, *fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;”.

Como puede sostenerse, después de considerar tales enunciados jurídicos que determinan con claridad meridiana que los derechos asegurados y garantizados por la Convención Americana de Derechos Humanos *son derechos esenciales y derivados inmediatamente de la dignidad humana*, de ejecución directa e inmediata al tenor de los artículos 1º y 2º de la Convención, ratificado por la CIDH como intérprete auténtico y final de ella, perspectiva que se encuentra también en muchos otros tratados de derechos humanos, que ellos valen por la fuente formal que los contienen.

¿Puede sostenerse por el Tribunal Constitucional en parte de sus sentencias, contra otra parte de sus fallos, que la reforma de 1989 al artículo 5º, inciso 2º de la Constitución, no posibilita asumir los *derechos esenciales*, por el hecho formal de estar contenidos en tratados, asumiendo de buena fe el contexto de la reforma de 1989 en que ella se incorpora al texto constitucional, y a un mínimo de objetividad y efecto útil de acuerdo al “*objeto y fin*” de dicha reforma?

Cualquier operador jurídico medianamente objetivo debe reconocer que la CADH citada como otras muchas, en sus enunciados normativos vinculantes, aseguran y garantizan *derechos esenciales emanados de la dignidad humana, los cuales los Estados partes se obligan directa e inmediatamente a respetar y garantizar (artículo 1º)*, como asimismo, *a adecuar todo su ordenamiento jurídico interno para cumplir con dichas obligaciones generales (artículo 2º)*.

Si se toma en serio la palabra del Tribunal Constitucional en el fallo de enero de 2013, que determina el deber constitucional de cumplir el *pacta sunt servanda* y el *principio de buena fe* y no oponer obstáculos formales de derecho interno al cumplimiento del deber constitucional de asegurar y promover *los derechos esenciales*, lo que estaría constitucionalizado por la segunda oración del artículo 5º

inciso 2º de la Constitución, ¿podría desconocerse que *los derechos esenciales en sus atributos y garantías asegurados por el derecho internacional* y aceptados por el Estado libre, reflexiva y voluntariamente, mediante la ratificación de los respectivos tratados o convenciones, después de su aprobación por el Gobierno y por el Congreso Nacional, en virtud de un “pase mágico” *dejan de ser tales derechos esenciales* y se valoran no en sí mismos sino a partir del envase normativo formal que los contiene?

Ello no nos parece posible con un mínimo de lealtad y buena fe con el texto constitucional vigente y al objeto y fin de la reforma constitucional de 1989 al artículo 5º, inciso 2º de la Constitución, ni con las normas básicas de interpretación del derecho internacional.

El Tribunal Constitucional tampoco es consistente en su jurisprudencia formalista, también ha asumido en otros fallos la perspectiva material o sustantiva de asegurar y promover los derechos esenciales cuyos atributos se encuentran contenidos en tratados internacionales y no en el texto constitucional en diversas oportunidades, aun cuando ello ha sido con vaivenes, ambigüedades, avances y retrocesos, lo que muestra lamentablemente una carencia de una dogmática de los derechos fundamentales consistente y permite visualizar una jurisprudencia voluble que reflejan mayorías variables y contingentes en casos específicos.

Veamos algunos ejemplos, el Tribunal Constitucional, contrariamente a lo señalado en la sentencia de enero de 2013, asume como Constitución material, en virtud del artículo 5º inciso 2º, los derechos esenciales, sus atributos y garantías, contenidos en tratados internacionales:

En la sentencia Rol N° 807 de 2007, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre el cuestionamiento de la Ley N° 18.216, en virtud del derecho a no ser objeto de prisión por deudas, el Tribunal Constitucional considera que:

“para acoger la acción interpuesta resultaría necesario que se verificara una doble condición: en primer lugar, que existiera contradicción entre el artículo 19 de la Ley N° 18.216 –o más precisamente entre los efectos que produciría la aplicación de ese precepto en la gestión pendiente– y alguna de las normas de derecho internacional invocadas, y que, además, y en segundo lugar, en virtud de lo establecido en el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, tal contradicción habilitara a esta Magistratura para declarar inaplicable el precepto legal”.

El Tribunal Constitucional asume como parámetro de control los derechos asegurados convencionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el considerando undécimo y decimotercero:

“Que el artículo 7.7 del Pacto de San José de Costa Rica prescribe: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. Por su parte, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”.

“Que, como puede apreciarse, las normas de derecho internacional que se invocan como infringidas no son idénticas y la primera es más comprensiva que la segunda, en cuanto esta última sólo prohíbe el encarcelamiento por obligaciones contraídas en virtud de un contrato, como expresa inequívocamente su texto. Esta sola restricción es suficiente para desestimar la contradicción alegada a su respecto, pues la deuda que se presenta como causal de indebido encarcelamiento no proviene de un contrato, sino de una sentencia judicial. En consecuencia, y en lo que sigue, se continuará el análisis de la eventual contradicción con la norma contenida en el Pacto de San José de Costa Rica, ya transcrita.

“De la sola lectura del texto de la norma del Pacto de San José transcrita fluye inequívoco su sentido: prohibir que una persona pueda sufrir privación de libertad como consecuencia del no pago de una deuda. Lo prohibido es que la conducta de no pagar una obligación pecuniaria sea tratada jurídicamente como causa de una sanción privativa de libertad...”.

Luego, el Tribunal determina que la ley no ha dispuesto que se encarcele a una persona por no pagar una deuda, sino que ha establecido una condición para que una persona condenada por un delito pueda concedérsele o mantener el goce del beneficio de cierta libertad cumpliendo los requisitos establecidos legalmente, el Tribunal determinará que

“es el pago de la indemnización civil derivada de los daños del delito, pues el incumplimiento de ese pago no es causa de la privación de libertad, sino el delito que lo antecede”.

El Tribunal Constitucional también reconocerá el derecho a la identidad inexistente en la Constitución y extraído de normas de diversos tratados internacionales por el Tribunal Constitucional en sus sentencias roles N° 834 de 2008 y N° 1340 de 2009 para inaplicar el artículo 206 del Código Civil, aunque en fallos posteriores retrocede sobre la materia sin explicitar razones de su cambio de jurisprudencia.

Para poder establecer esta perspectiva, necesariamente el Tribunal Constitucional debe partir del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, que determina la limitación del ejercicio de la soberanía (ejercicio de la potestad estatal o poder público) por el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo deber de los órganos estatales respetar y promover tales derechos

esenciales, ya sea que se encuentren asegurados en la Constitución, o en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, debiendo extraerlo interpretativamente de las disposiciones de tres convenciones o pactos internacionales, ellos son la Convención sobre Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así lo precisa en los considerandos 15º y 22º de su sentencia Rol N° 834 de 2008:

“DECIMOQUINTO: “(...) El derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio– la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales– pues ésta sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad;”

(...)

“VIGÉSIMO SEGUNDO: Que los antecedentes recordados no sólo dan cuenta de que los preceptos legales impugnados en esta litis no han pretendido discriminar en el ejercicio de las acciones de filiación ante los tribunales de justicia sino que, por el contrario, su propósito ha obedecido a la idea de corregir las distorsiones que dificultaban el debido acceso a la justicia en un ámbito que, como se ha expresado, tiene que ver con la plena protección de un derecho ligado estrechamente al valor de la dignidad humana, cual es el derecho a la identidad personal. Sobre el particular, ha de tenerse presente que aun cuando la Constitución chilena no lo reconozca expresamente en su texto, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección. Lo anterior, precisamente, por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque tampoco puede desconocerse que él sí se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, como la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 18).

Por su parte, no apreciándose discriminación en la aplicación de las normas que se impugnan en estos autos, carece de sentido entrar a examinar, en esta sentencia, su razonabilidad y objetividad en conexión con el respeto a la igualdad ante la ley;”

En la segunda sentencia señalada, la Rol N° 1340 de 2009, el Tribunal Constitucional se hace cargo de la infracción de la disposición legal cuestionada al artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política, en la medida que dicha

norma constitucional exige a los órganos estatales respetar y promover los derechos esenciales asegurados en el texto constitucional o en los tratados internacionales que contengan derechos esenciales de la persona humana, los cuales constituyen un límite al ejercicio de la soberanía.

El Tribunal Constitucional asume el *derecho a la identidad* como parte del parámetro de control para decidir si hay o no inconstitucionalidad en el caso concreto, el cual se encuentra asegurado por tratados internacionales ratificados y vigentes, en el considerando octavo de la sentencia:

“Que, en lo que atañe al derecho a la identidad personal, el requerimiento consigna dos órdenes de argumentaciones:

a) Que diversos tratados internacionales de aquellos que Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes, consagran este derecho. Éste es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe que: ‘Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario’ (artículo 18).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos precisa, por su parte, que ‘todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre’ (artículo 24.2).

A su turno, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que: ‘El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera (...)’ (artículo 7, numerales 1 y 2)”.

Además, el Tribunal Constitucional precisa, vía interpretativa de disposiciones de tres tratados internacionales, la existencia de un derecho a la identidad, de acuerdo con el segundo razonamiento realizado por el tribunal solicitante de la declaración de inconstitucionalidad del art. 206 del Código Civil, en el literal b del mismo considerando 8º de la sentencia:

“Que de las referidas normas internacionales, unidas a doctrina autorizada que cita, se infiere que la identidad queda comprendido (sic) en la categoría de ‘los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’ como reza el artículo 5º de la Constitución Política de la República, toda vez que atañe intrínsecamente a su propia individualidad tanto personalmente como en su dimensión social, sobrepasando el ámbito inicialmente resguardado referido a los derechos del niño para entender que beneficia a toda persona en su condición de tal”.

El Tribunal Constitucional en el considerando noveno de la sentencia asume la existencia de este derecho esencial de la persona humana a la identidad, asegurado por diversos instrumentos del derecho convencional internacional, por lo cual existe la obligación del Tribunal Constitucional, como órgano del Estado, de respetarlos y promoverlos, como lo exige el artículo 5º, inciso 2º de la Constitución:

“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.

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);”.

En el considerando 10º de la sentencia el Tribunal Constitucional analiza algunos atributos que integran el derecho a la identidad, como asimismo determina que todos los individuos poseen tal derecho, independientemente de su edad, anclando tal derecho en la dignidad de todo ser humano. Asimismo, el Tribunal Constitucional en el mismo considerando 10º reconoce que la Constitución no constituye un sistema hermético de derechos que tienen su fuente únicamente en el propio texto constitucional, sino que el texto por la norma de reenvío del artículo 5º inciso 2º de la Constitución, lleva a considerar como integrantes del sistema de derechos asegurados constitucionalmente a aquellos cuyos atributos y garantías se encuentran en las fuentes del derecho convencional internacional, los cuales constituyen límites al ejercicio de la soberanía, debiendo siempre ser respetados por todos los órganos estatales:

“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”.

El Tribunal Constitucional, en sus considerandos 11º y 15º, siguiendo su razonamiento, integra este *derecho a la identidad* extraído de la interpretación de algunos enunciados normativos de instrumentos convencionales internacionales, la que se incorpora al parámetro de control de constitucionalidad, en virtud del cual se enjuiciará la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil.

En otras sentencias, el Tribunal Constitucional asume como parte del derecho al debido proceso, el *derecho al recurso* o revisión de la sentencia penal como atributo integrante del debido proceso o de las garantías judiciales en materia penal contemplado en el artículo 8 de la CADH y 14 del PIDCyP de Naciones Unidas, en las sentencias roles N° 986 de 2008; N° 821 de 2008; N° 1130 de 2008; N° 1432 de 2010; N° 1443 de 2010; N° 1501 de 2010.

El caso más trascendente es la sentencia Rol N° 986 de 2008 o “caso Aarón David Vásquez Muñoz”, en el cual se analiza si la ausencia de un derecho a recurrir del segundo fallo de un tribunal penal oral, después de haberse anulado el primero que había favorecido la posición sostenida por la defensa del acusado a requerimiento de la fiscalía, estableciendo el segundo fallo una condena al acusado como autor del delito de homicidio calificado con el agravante de alevosía, aplicándosele la pena de 7 años de internación en régimen cerrado, sentencia que se considera agravante por el acusado y sobre la cual considera que tiene el derecho fundamental a la revisión de este segundo fallo, formulando una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en virtud de su contraposición con el derecho a la revisión de la sentencia penal asegurado por el art. 8.2 literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 14 del PIDCyP de ONU. La mayoría del Tribunal se resiste a darle el sentido y alcance que determina la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete auténtica y final de la CADH y los organismos pertinentes de Naciones Unidas, frente al voto disidente de los ministros que consideran que debe seguirse el parámetro determinado por la Corte Interamericana en el *caso Herrera Ulloa con Costa Rica*.

El Tribunal Constitucional considera que en el caso concreto, la aplicación del artículo 387 del Código Procesal Penal no resulta contraria a la Constitución, como explicita en el considerando 23º:

“Que en tales circunstancias, este Tribunal Constitucional decidirá que en este caso concreto la aplicación del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, no resulta contraria a la Constitución por este capítulo”.

El Tribunal Constitucional en su sentencia también precisará en los considerandos 38º a 40º que, además, el requirente tiene otros recursos que le franquea el sistema jurídico para impugnar la segunda sentencia, como son los recursos de queja y de revisión de sentencias firmes.

Dicha sentencia tiene tres votos disidentes, cuya argumentación debemos necesariamente explicitar, ya que estos votos aluden directamente al *derecho a la revisión de la sentencia por un tribunal superior previsto en los tratados internacionales de derechos humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.2 literal h, y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, artículo 14.2*, como asimismo, determinan que el fallo no consideró los *estándares sobre derecho al recurso fijados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa con Costa Rica*. Ellos sostienen que el derecho al recurso debe cumplir con los parámetros de ser un recurso ordinario y un recurso de tendencia general que revise hechos y derecho aplicable, por lo cual la sentencia no habría considerado dichos estándares mínimos.

Recordemos solamente en la materia analizada, lo señalado por la Corte Interamericana directamente al Estado chileno, en el *caso Almonacid Arellano contra Chile*:

“125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que [s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno’. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”¹⁴.

Asimismo, el fallo del Tribunal Constitucional considerado, olvida la propia jurisprudencia, la que establece el deber del intérprete de

“hacer todos los esfuerzos dentro de lo permitido por la Ley Suprema, para encontrar una interpretación conciliatoria entre las normas de un tratado y los preceptos de la Constitución”¹⁵.

¹⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C Nº 153, de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafos 123-125.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol Nº 309, de 4 de agosto de 2000, considerando 3º, en examen de la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT.

El Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 1432 de 2010, precisa que el derecho al recurso forma parte del derecho al debido proceso como se ha señalado en los roles 376, 389, 478, 481, 821, 934 y 986, como se afirma en el considerando 12°, agregando que tal derecho está asegurado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo dicho derecho parte del parámetro de control de constitucionalidad, como precisa el 13°, cosa que no había explicitado en los casos anteriores:

“Que, a mayor abundamiento, tratándose del imputado criminal, dicho derecho es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14.5 que: ‘Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley’. La Convención Americana de Derechos Humanos dispone que: ‘Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante todo el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) Derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior’. Ambas normas están vigentes en nuestro país conforme al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución;”.

El Tribunal Constitucional precisará que el derecho al recurso que integra el debido proceso no significa necesariamente doble instancia, ni la existencia necesaria de un recurso de apelación, como señala en sus considerandos 14° a 19°.

En los casos analizados el Tribunal Constitucional incorpora a su razonamiento y al parámetro de control constitucional los atributos que integran el derecho a la revisión de la sentencia penal que se encuentra en el artículo 8.2, literal h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que considera como elemento integrante del debido proceso, sin perjuicio de considerar en los casos concretos, que dicho atributo básico del derecho al debido proceso o de las garantías judiciales en materia penal, no ha sido vulnerado en los casos concretos, tema que no es pacífico.

Asimismo, el Tribunal Constitucional precisa que si bien el principio de *presunción de inocencia* no está contemplado en el texto de la Constitución, sí está asegurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, como señala en su considerando 3°, como asimismo determina su alcance jurídico en el considerando 4°:

“Que, continuando la cita anterior, este Tribunal agregó que ‘dicho principio, que más bien se podría referir al ‘trato de inocente’, importa la obligación de tratar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación.

La llamada ‘presunción de inocencia’ está compuesta de dos reglas complementarias entre sí.

Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (nulla poena sine indicio).

Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (in dubio pro reo). (...).”

El Tribunal Constitucional acepta la *presunción de inocencia* contenida en los tratados como parte de los derechos esenciales que deben ser asegurados y promovidos en virtud del artículo 5º inciso 2º, en sus sentencias Rol Nº 993 y Rol Nº 1152 de 2008, las cuales también razonan en la perspectiva del postulado de interpretación conforme con la Constitución, en el considerando 5º:

“Que, dentro del criterio de interpretación conforme a la Constitución, el respeto hacia las labores que desarrollan tanto el legislador al elaborar las normas de rango legislativo como la judicatura al aplicarlas, obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental, y sólo en el evento de no ser ello posible, declarar su inconstitucionalidad, criterio que ha sido seguido en las sentencias roles 29, 38, 304, 368, 420, 460 y 681, entre otras”.

Luego, el Tribunal Constitucional en razón de diversos análisis jurídicos determina que no hay vulneración del derecho a la presunción de inocencia, considerando que no hay inversión de la prueba como argumenta el requirente, en su considerando 11º, lo que es ratificado en el considerando 12º al estudiar la historia fidedigna del precepto. Así, el Tribunal Constitucional concluye que existe una interpretación del precepto legal cuestionado conforme a la Constitución y descarta la objeción de una presunción legal de responsabilidad penal, sin perjuicio de que éstas admiten prueba en contrario, con lo cual no hay afectación de la presunción de inocencia, todo ello de acuerdo a los considerandos 14º y 15º, rechazando el requerimiento.

Hay así jurisprudencia del Tribunal Constitucional que parte de un enfoque sustantivo de los derechos esenciales y del artículo 5º inciso 2º, cuando le parece conveniente, sin embargo, en otros momentos descarta dicho enfoque y considera a los derechos esenciales contenidos en tratados asimilándolos formalmente al envase normativo que los contiene. Allí utilizará el enfoque formal y de la calidad de norma infraconstitucional del tratado respectivo. En la práctica, puede constatare entonces un manejo acomodaticio de uno u otro enfoque de acuerdo al caso contingente y la mayoría contingente de Ministros del Tribunal Constitucional que lo sustenten. *Así, el Tribunal sustenta dos enfoques y dos metodologías diferentes para resolver sobre el parámetro de control de constitucionalidad de los derechos esenciales o fundamentales, las cuales usa discrecionalmente, pasando de uno a otro.*

Cuando el Tribunal Constitucional asume una perspectiva sustantiva o material y no meramente formal se acerca, asimismo, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de derechos esenciales y evita la existencia práctica de dos enfoques, dos interpretaciones y dos parámetros de control de constitucionalidad de la Carta Fundamental, dependiendo del momento, la integración y el órgano que realiza la interpretación y aplicación de la Constitución.

En efecto, la Corte Suprema ha determinado en su sentencia Rol N° 469-98, de fecha 9 de septiembre de 1998, considerando 4º:

“Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean desconocidos”¹⁶.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia Rol N° 740-05, de 25 de abril de 2005, determina que:

“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: (...)”.

¹⁶ Revista *Fallos del Mes* N° 446, Santiago, sección criminal, p. 2066.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia Rol N° 559-04 de 13 de diciembre de 2006, considerando 22°, reitera el enfoque explicitado:

“Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma fundamental contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, ‘valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos’ (S.C.S. 30.1.2006)”.

La Corte Suprema ha avanzado aún más en su jurisprudencia, así en sentencia de su Sala Penal, Rol N° 3125-04, de fecha 13 de marzo de 2007, determina:

“Que, en efecto, tal razonamiento parte de la base que el derecho nacional y el derecho internacional de los Derechos Humanos es uno solo, por ser un fenómeno que abarca al Derecho en su totalidad, siendo recepcionado dicho Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Interno Nacional, tanto como Principio Internacional de los Derechos Humanos, como por los tratados internacionales actualmente vigentes suscritos por Chile. Es así como nuestro ordenamiento jurídico no excluye el procedimiento de incorporación de los Principios Generales del Derecho (...)”.

En sentencia Rol N° 4183-06, de dieciocho de abril de dos mil siete, la Corte Suprema precisa:

“Décimo: Que, a lo anterior, y conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5° de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (...)”.

La Corte Suprema en sentencia de su Sala Penal de 30 de noviembre de 2007, “caso Chihuio”, reitera su posición en la materia analizada:

“Además, los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuya consecuencia —conforme a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución— es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional, de respetarlos, promoverlos y garantizarlos”.

A su vez, la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 4.307-10, de 16 de agosto de 2010, en recurso de casación determinó que:

Undécimo: Que no obstante la trascendencia antes anotada del principio en estudio, cabe destacar que en la especie los jueces del grado no se han hecho cargo en sus motivaciones de la situación del menor —desde la perspectiva de su interés superior— limitándose en sus reflexiones a reconocer por sobre otra consideración el derecho legal de la madre a ejercer el cuidado del hijo, al extremo de limitarse en su análisis sólo al descarte de causales de inhabilidad por parte de la progenitora, para concluir que a ella debe confiarse su cuidado, sin atender a la condición del niño, como sujeto de derecho de especial protección por el legislador.

Duodécimo: Que tal proceder desconoce la importancia que dicho principio reviste en la resolución del caso en el que ha debido tenerse en especial consideración la situación del menor el que ha permanecido desde su nacimiento con su padre, con el cual ha generado los vínculos de apego que no ha desarrollado con la madre, bajo cuya custodia se vislumbra desprotección.

Decimotercero: Que, así las cosas, aun cuando en el caso sub lite no se han establecido inhabilidades por parte de la madre para ejercer el cuidado de su hijo, los jueces del fondo debieron considerar el Interés Superior del Menor y en este aspecto las circunstancias reseñadas en el motivo anterior, constituyen causa calificada y suficiente a la luz de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, para determinar que éste se mantenga bajo el cuidado de su padre, por sobre el derecho que le asiste a su madre en orden a hacerse cargo de su crianza, porque en las particulares condiciones de vida del niño, la satisfacción plena de sus derechos aparece garantizada de mejor manera al lado y bajo el cuidado de su progenitor.

Decimocuarto: Que de lo que se viene de decir, fuerza es concluir que los sentenciadores recurridos, al decidir como lo hicieron, incurrieron en errónea aplicación del artículo 225 inciso tercero del Código Civil, en relación con el artículo 16 de la Ley Nº 19.968 y 3º de la Convención de los Derechos del Niño, puesto que han decidido sin atender debidamente al interés superior del menor, desconociendo la existencia en el caso, de una causa calificada que hace procedente la entrega de su cuidado al padre, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo en estudio, desde que condujo a los jueces a revocar la sentencia de primer grado y a rechazar la acción intentada.

Decimoquinto: Que, conforme lo señalado, el recurso intentado será acogido. Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767, 768, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por el demandante a fojas 21, contra la sentencia de veintiséis de abril del año en curso, que se lee a fojas 19, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista”.

La Corte Suprema en sentencia Rol Nº 2.506–2009, Caso “Christian Antonio Caroca Rodríguez”, de 24 de marzo de 2009, asume el *derecho a la propia*

imagen como derecho esencial y susceptible de ser garantizado por el recurso de protección:

“Cuarto: Que, como puede advertirse, la cuestión planteada por el recurrente gira en torno al derecho a la propia imagen, concepto que debe entenderse referido a una proyección física de la persona, que le imprime a ésta un sello de singularidad distintiva entre sus congéneres dentro del ámbito de la vida en sociedad y que, por consiguiente, constituye, junto con el nombre, un signo genuino de identificación de todo individuo;

Quinto: Que el derecho a la propia imagen, desde una perspectiva jurídica, forma parte del conjunto de los llamados derechos de la personalidad, esto es, de aquellas propiedades o características que son inherentes a toda persona; y si bien no han merecido un tratamiento normativo determinado, según ha ocurrido con otros atributos de la personalidad, como la capacidad de goce, la nacionalidad, el domicilio y el estado civil, ello no significa que lo concerniente a ese derecho en particular pueda resultar indiferente al ordenamiento, especialmente, en el aspecto de su protección y amparo, bastando para ello tener presente que en las bases de nuestra institucionalidad se inscribe el principio que el Estado —y por ende su sistema normativo— debe estar al servicio de las personas, protegiendo y respetando los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana;

Sexto: Que, en lo tocante al resguardo constitucional del derecho a la propia imagen, a que precisamente tiende la acción propuesta en autos, es cierto que el artículo 20 de la Carta Fundamental no lo enumera determinadamente entre las garantías susceptibles de ampararse por ese arbitrio cautelar; empero, tanto la doctrina, como la jurisprudencia coinciden en que su protección deviene procedente y encuadra en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, por encontrarse implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona, que esa norma se encarga de tutelar;

Séptimo: Que del derecho a la propia imagen se ha dicho que constituye uno de los atributos más característicos y propios de la persona que, por configurar su exterioridad física visible, obra como signo de identidad natural de la misma; y en cuya virtud ‘cada persona dispone de la facultad exclusiva de determinar cuándo, cómo y por quién y en qué forma se capten, reproduzcan y publiquen sus rasgos fisonómicos, controlando el uso de dicha imagen por terceros, impidiendo así su captación, reproducción y publicación por cualquier procedimiento mecánico o tecnológico, sin su consentimiento expreso’ (Humberto Nogueira Alcalá. “El derecho a la propia imagen como derecho implícito. Fundamentación y caracterización”. Revista Jurídica “Ius Et Praxis”. Año 13 N° 2 página 261);

Octavo: Que del enunciado precedente es dable distinguir en el derecho a la propia imagen dos aspectos o dimensiones que interesan a la cuestión planteada en el recurso de autos; uno, de orden positivo, en virtud del cual, su titular se encuentra facultado para obtener, reproducir y publicar su propia imagen, adscribiéndola a cualquier objeto lícito;

y otro, de carácter negativo, expresado en su derecho a impedir que terceros, sin su debida autorización, capten, reproduzcan o difundan esa imagen, cualquiera sea la finalidad tenida en consideración para ello;”.

También las Cortes de Apelaciones hacen uso de los derechos asegurados por tratados internacionales con preferencia sobre las leyes internas para interpretar y aplicar el derecho y resolver casos prácticos. A manera ejemplar señalemos un par de casos:

En sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 351-2013, de 9 de marzo de 2013, en recurso de amparo, se resolvió:

“Tercero: En un mundo ‘globalizado’, con grandes consensos sobre principios y reglas de convivencia, la realidad da cuenta que el fenómeno de la migración ha alcanzado a estas alturas grados de intensidad y de universalidad tales, que llega a ser cierto que no existe país en el mundo que no experimente el ingreso de personas extranjeras.

Entre otras derivaciones, ello trae consigo que el poder estatal para gestionar los movimientos migratorios no puede prescindir de la consideración de derechos fundamentales e inalienables, que derivan de la condición de ser humano, protegidos tanto por los ordenamientos internos como por los diversos instrumentos de Derecho Internacional.

En lo que atañe a nuestro Derecho, cabe recordar que el catálogo ‘de primera generación’, contemplado en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, se proclama como asegurado ‘a todas las personas’, sin distinción alguna, de modo que el imperativo de respeto y promoción de tales derechos esenciales, en los términos a que alude el artículo 5° de la Carta Fundamental, se hace extensivo a los no nacionales que se encuentran en el territorio de Chile. Ese deber de respeto y promoción adquiere ribetes especiales cuando se trata de extranjeros, en la medida que ellos se encuentran en una indudable situación de vulnerabilidad, de momento que carecen de redes de apoyo familiares y de proximidad, precisamente porque se hallan en un país que no es propio. En un contexto como el reseñado, existen ciertos derechos particularmente atinentes al caso y, entre ellos, por cierto, el derecho a la libertad personal, en todas sus dimensiones;

Cuarto: Conforme fluye de la declaración contenida en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, la base principal de nuestra institucionalidad está dada por el reconocimiento de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La libertad es un derecho ampliamente protegido en nuestro ordenamiento jurídico. De las diversas manifestaciones de ese principio fundamental, tanto el artículo 19 N° 7 de la Constitución como los artículos 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, amparan específicamente el derecho a la libertad personal y seguridad individual;”

(...)

Octavo: De acuerdo con el bloque normativo constitucional e internacional antes enunciado, nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida 'sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes'. (...)

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en fallo Rol N° 105-2010, de 6 de julio de 2010, determinó:

“OCTAVO: Que los documentos acompañados en segunda instancia por la recurrente a los que se hace alusión en el considerando quinto de esta sentencia, no objetados, reflejan una madre presente en la educación y comportamiento de sus hijos, que su vida no ha estado exenta de problemas, pero que se encuentra asistiendo a terapia psicológica para superarlos, de manera que alejar a sus hijos de su cuidado, protección y formación, más que una medida adecuada significaría aumentar su dolor y el de sus hijos.

NOVENO: Que según señala el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ‘La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado’, encontrándose además regulada la familia en el artículo 24 del citado cuerpo legal, en cuanto dispone ‘Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado’.

Asimismo, conforme lo dispone el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño, los niños tienen derecho a expresar libremente su opinión, lo que se considera en función de la edad y madurez del mismo.

Por su parte el artículo 3 N° 1 de la misma Convención establece: ‘En todas las medidas concernientes a los niños, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño’.

(...)

DUODÉCIMO: Que en consecuencia conforme a los antecedentes ya referidos, la actora no se haya inhabilitada para cuidar personalmente a sus hijos A.B.V.Z. y F.J.V.Z., de 11 y 12 años de edad respectivamente, no alterándose en consecuencia las reglas de tuición a que se refieren los artículos 224, 225 y 226 del Código Civil”.

En nuestra opinión, el Tribunal Constitucional gana en respeto y consideración cuando asume una concepción sustantiva de respeto, aseguramiento, garantía y promoción de los derechos fundamentales conforme al objeto y fin establecido por los artículos 1° y 5° inciso 2° de la Constitución y pierde parte del mismo cuando se impregna de un manto de formalismo vacío de sustancia para desconocer la

fuerza normativa de los derechos esenciales contenidos en las fuentes del derecho internacional que complementan y potencian los derechos constitucionales.

Demostrada la diferente perspectiva que el Tribunal Constitucional utiliza discrecionalmente para asumir los derechos esenciales asegurados por tratados internacionales, en algunos casos en base al análisis formal de la consideración del tratado como norma infraconstitucional, en otros casos integrando los atributos de los derechos esenciales contenidos en tratados en el parámetro de control de constitucionalidad para enjuiciar preceptos legales, cabe explicitar los problemas de inseguridad jurídica que ello acarrea.

En efecto, si es el Tribunal Constitucional el que a través de sus resoluciones determina qué derechos esenciales y cuáles atributos de ellos contenidos en tratados internacionales integran el parámetro de control de constitucionalidad, será dicho Tribunal el que determine dentro del ámbito de sus competencias los atributos, delimitación y configuración de los derechos esenciales en nuestro ordenamiento jurídico, a través de las diversas modalidades de control preventivo y reparador concreto y abstracto de constitucionalidad. Si, por el contrario, el Tribunal Constitucional no asume tal función conforme al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, señalando que los derechos esenciales contenidos en tratados internacionales son normas infraconstitucionales, ello traslada a los jueces del fondo la competencia para pronunciarse sobre la materia, como lo ha señalado en algunas oportunidades el propio Tribunal Constitucional. Así habrá un parámetro de derechos esenciales que usa el Tribunal Constitucional y otro parámetro de control de aseguramiento de derechos esenciales por parte de las jurisdicciones ordinarias y especiales en base al control de convencionalidad.

6. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE OCASIONA UBICAR EN DOS SEDES JURISDICCIONALES DIFERENTES EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS TRIBUNALES ORDINARIOS Y ESPECIALES, RESPECTIVAMENTE

En la perspectiva de razonamiento del Tribunal Constitucional que afirma que los derechos contenidos en tratados internacionales tienen el rango de la fuente normativa que éste atribuye al Tratado, rango infraconstitucional y supralegal, si asumimos la última sentencia del Tribunal sobre la materia de enero de 2013, es obvio que dicho razonamiento lleva a explicitar que no es de competencia del Tribunal Constitucional realizar el análisis de conformidad de la ley respecto de los tratados, ya que éstos no conforman el parámetro de control de constitucionalidad, tarea que corresponderá a los tribunales ordinarios y especiales, lo que

el Tribunal Constitucional lo afirma en su sentencia Rol N° 804, en sus considerandos 5°, 14° y 15°:

En efecto, en el considerando 5° afirma:

“Que, indudablemente, el intérprete en general y el juez en particular debe realizar los mayores esfuerzos, dentro del ámbito constitucional, para procurar cumplir de buena fe las disposiciones y los fines del tratado, conciliando sus disposiciones con otras normas del Derecho Interno, prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico chileno”.

A su vez, en dicha sentencia Rol N° 804, en el considerando 14°, determina que es la autoridad nacional competente, dentro del marco constitucional y de sus atribuciones, la que debe materializar en debida forma y de buena fe las obligaciones convencionales, afirmando en su considerando 14° que el juez u órgano jurisdiccional competente:

“(…) debe realizar todos los esfuerzos posibles, actuando en el marco de sus atribuciones y en la forma que establece la Constitución, para materializar en debida forma y de buena fe las obligaciones contenidas en ella”.

El Tribunal Constitucional en el mismo considerando 14° de dicho fallo, determina que:

“(…) Los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes son así normas jurídicas que gozan de una especial protección constitucional.

“En tales circunstancias una ley interna contradictoria con el tratado no tiene la aptitud de derogarlo, modificarlo o suspenderlo, por la simple razón de que carece de toda validez, expresando un acto jurídico que se ha producido en contravención a las formas exigidas por la Constitución”.

En el considerando 15° de la misma sentencia Rol N° 804-07, el Tribunal Constitucional determina que si en un conflicto normativo, el cual no implica una derogación, modificación o suspensión de las disposiciones de un tratado o una contravención *per se* de normas constitucionales, y

“No existe, de esta manera, un problema de constitucionalidad –oposición sustantiva de la ley a la Constitución–, sino de contraste entre un tratado internacional vigente y una ley nacional, que corresponde calificar y decidir al juez de la instancia”.

Si esta línea jurisprudencial fuera consistente y estable, declarando inadmisibles *ratione materiae* las acciones de inaplicabilidad que tuvieran como fundamento atributos de derechos esenciales asegurados por tratados internacionales

en virtud de la norma de reenvío del artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, cosa que no lo es, como hemos podido analizar, al menos evitaría que el Estado incurriera en responsabilidad internacional por actos jurisdiccionales del Tribunal Constitucional, ya que este último realizaría únicamente control de constitucionalidad del texto estrictamente formal de la Constitución, aunque ello implique incumplir el artículo 5°, inciso 2° de la Constitución; ello evitaría fricciones entre el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que dejaría en manos de los tribunales ordinarios el control de convencionalidad que los órganos jurisdiccionales deben concretar como jueces naturales y primeros de interpretación y aplicación del *corpus iuris* interamericano de derechos humanos. A su vez, no sería necesario para agotar las instancias internas jurisdiccionales para recurrir al amparo interamericano, el pasar por la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes en control concreto reparador o sucesivo¹⁷.

7. LOS PROBLEMAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR LOS TRIBUNALES ORDINARIOS Y ESPECIALES

La perspectiva de un control de constitucionalidad y de convencionalidad en distintas jurisdicciones nacionales genera de inmediato el problema de la inseguridad jurídica y los distintos estándares de derechos que se asuman en ambos ámbitos jurisdiccionales. Lo que el Tribunal Constitucional pueda determinar constitucional conforma al texto formal de derechos constitucionales contenido en la Carta Fundamental, puede que la jurisdicción ordinaria aplicando el control de convencionalidad puede considerar la norma legal inconveniente conforme al *corpus iuris* interamericano y los estándares de *ratio decidendi* emanado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida que el estándar interpretativo constitucional sea menos garantizador de los derechos esenciales que el que aplique el tribunal ordinario en base al estándar interamericano que garantiza mayores atributos o garantías para el respectivo derecho, lo que el tribunal ordinario podrá concertar invocando la suprallegalidad del *corpus iuris* interamericano y el postulado de interpretación *favor persona* contenido en el

¹⁷ En la perspectiva francesa puede verse el análisis sobre la materia en LEVADE (2011), pp. 1257-1261. En la perspectiva española, JIMENA (2013), 174 pp.

artículo 29 literal b) de la CADH o como categoría derecho implícito contenido en el mismo artículo 29 citado¹⁸.

Dicho control de convencionalidad necesariamente debe ser aplicado por los tribunales ordinarios en esta perspectiva en aplicación de las fuentes del derecho vigente, teniendo presente la fuerza aplicativa suprallegal de los tratados.

El deber jurídico de realizar control de convencionalidad ha sido explicitado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la sentencia de 26 de septiembre de 2006, en el caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile de 2006*”¹⁹:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean 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”.

Dicha perspectiva, ha sido reiterada a los órganos estatales chilenos en la sentencia de *Caso Atala y niñas vs. Chile*²⁰, en los siguientes términos:

“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.

¹⁸ Ver, HITTERS (2009); SAGÜÉS (2010) y (2013); AYALA (2012); NOGUEIRA (2012a); (2012 b); (2012 c) y 2012 d); GARCÍA (2013). FERRER (2012). BAZÁN (2013).

¹⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006, Serie C Nº 154, párrafo 124.

²⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Atala Riffe y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239, párrafos 282 a 284.

“283. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.

“284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana”.

En la materia cabe recordar lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos más recientemente, en *resolución de supervisión de sentencia de 20 de marzo de 2013*, en el caso *Gelman Vs. Uruguay*, que reproducimos en sus términos, sobre el *sentido y alcance del control de convencionalidad* que deben ejercer todas las autoridades nacionales en relación al *corpus iuris* interamericano de derechos humanos, constituyendo una síntesis del mismo:

“65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del ‘control de convencionalidad’, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.

“66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas la autoridades estatales, 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, 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.

“67. De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.

“68. En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma (...).

“69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana...

“70. La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el ‘principio de complementariedad’, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de comple-

mentariedad (también llamado ‘de subsidiariedad’) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, ‘coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos’. De tal manera, el Estado ‘es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos’.

“71. Lo anterior significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad...”

Finalmente, cabe explicitar que el incumplimiento de las obligaciones jurídicas emanadas del *corpus iuris* interamericano genera responsabilidad internacional por vulneración de derechos humanos, lo que es más grave aun cuando ello es producto de la actuación de órganos jurisdiccionales del Estado. Al respecto, reproducimos lo determinado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución de cumplimiento de sentencia del *caso Gelman vs. Uruguay*, de marzo de 2013, en los párrafos pertinentes:

“59. La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (pacta sunt servanda) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades

públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.

“63. Los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte.

“64. Los Estados Parte en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o de aplicación de las obligaciones contenidas en dicho tratado”.

CONSIDERACIONES FINALES

Al cerrar este análisis sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de tratados internacionales con posterioridad a la reforma constitucional de 2005, es posible constatar que:

1. El Tribunal Constitucional diferencia conceptualmente tratados internacionales y preceptos legales, reconoce que ellos surgen a la vida jurídica en el derecho internacional, el que determina su validez y vigencia, como asimismo que ellas no pueden ser afectadas unilateralmente por el Estado parte (sentencia Rol N° 804 de 2007; sentencia Rol N° 1.288-2008, de 25 de agosto de 2009), con la excepción de la sentencia Rol N° 1.288-2008, considerando 41, la que hace depender la validez del tratado del texto constitucional.

2. El Tribunal Constitucional ha variado intermitentemente en sus resoluciones jurisdiccionales acerca de la fuerza normativa de los tratados internacionales desde posiciones que asimila los tratados a los preceptos legales (fallo Rol N° 1.288-2008 de 2009, considerandos 43° y 49°) hasta posiciones en que considera que los tratados o convenciones internacionales tienen una “jerarquía” supralegal e infraconstitucional (sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados, de 23 de enero de 2013).

3. El Tribunal Constitucional confunde los conceptos de *jerarquía* con el concepto de *fuerza normativa preferente*, en la medida que razona desde la perspectiva de que el tratado es parte del ordenamiento jurídico chileno, como si éste fuera una fuente creada por el ordenamiento jurídico nacional, olvidando que el tratado es una fuente del derecho internacional, siendo este último el que le otorga su validez y vigencia, determinando también los procedimientos y causales

para su derogación, modificación o suspensión, como el texto de la Constitución expresamente determina en su artículo 54 N° 1, inciso 5°, lo que ocurre entre otras sentencias en el fallo roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados, de 23 de enero de 2013. La fuerza aplicativa preferente del tratado válidamente incorporado deriva del propio artículo 54 N° 1, inciso 5° de la Constitución armonizado con los artículos 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, lo que se encuentra reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados de 23 de enero de 2013, en su considerando duodécimo, en cuanto principios imperativos de derecho internacional convencionalizados.

4. El Tribunal Constitucional en la relación tratado y ley, con posterioridad a la reforma de 2005, confunde *aplicación preferente del tratado sobre la ley*, con la *invalidación de la ley contraria a un tratado*, lo que es producto de un razonamiento en base al *principio de jerarquía de normas* que son partes de un mismo ordenamiento jurídico, no asumiendo la naturaleza de fuente del derecho internacional del tratado, al cual el ordenamiento jurídico nacional sólo incorpora a su ordenamiento dándole aplicación preferente sobre la normas internas, como se verifica en la sentencia Rol N° 804 de 28 de diciembre de 2007, considerando 12.

5. El Tribunal Constitucional por decisión de mayoría ha determinado, al margen del texto constitucional en sus artículos 93 N° 1 y 3, auto otorgarse potestad y competencia para realizar control reparador concreto de constitucionalidad de tratados internacionales, que en el texto constitucional está previsto sólo para preceptos legales en el artículo 93 N° 6 de la Constitución, lo que sustenta en su propia consideración pretoriana de que los tratados son “preceptos legales” y tienen fuerza de ley, como determina en la sentencia Rol N° 1.288-2008, de 2009, en sus considerandos 43° y 49°; lo que pierde todo sentido, si luego el mismo Tribunal Constitucional afirma que los *tratados tienen “jerarquía” superior a la ley* como determina en sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados, de 23 de enero de 2013. Esta contradicción y falta de coherencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sus vaivenes, si la línea determinada por el fallo de enero de 2013 se mantuviera, el Tribunal Constitucional por un mínimo de seriedad jurídica debiera revertir su sentencia de 2009, cancelando el control reparador concreto de tratados internacionales, como lo ha sostenido la minoría consistente de cuatro de los diez ministros del Tribunal Constitucional desde dicho fallo (Votos disidentes de la sentencia Rol N° 1.288-2008, de 2009; votos disidentes sentencia Rol N° 1307-2009, de 20 de enero de 2009).

6. El Tribunal Constitucional ha sido consistente en su tesis de que los Tratados de Derechos Humanos en cuanto fuentes formales del derecho no pueden enmendar el texto constitucional ni tienen rango constitucional, sino que son normas infraconstitucionales y supralegales (sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados de 23 de enero de 2013, considerandos 11° y 12°).

7. El Tribunal Constitucional utiliza discrecionalmente la perspectiva formalista de las fuentes en materia de *tratados de derechos humanos* o la perspectiva sustancialista o material de los *derechos esenciales asegurados por tratados internacionales*, integrando los atributos que forman parte de estos últimos al parámetro de control de constitucionalidad. Son los *derechos esenciales* contenidos en el “envase normativo” denominado tratado internacional lo que limita el ejercicio de la soberanía y que la Constitución Política, en su artículo 5°, inciso 2°, obliga a los órganos estatales a respetar y promover, cuando ellos son autoejecutables o suficientemente autónomos (sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados de 23 de enero de 2013, considerando 13°).

El Tribunal Constitucional asume en diversas oportunidades la perspectiva material que parte de la dignidad de la persona y sus derechos esenciales, integrando el parámetro de control de constitucionalidad respecto de normas infraconstitucionales internas con atributos de derechos esenciales o fundamentales reconocidos, asegurados y garantizados por los tratados internacionales ratificados y vigentes, como ocurre respecto del *derecho a la identidad* (sentencias roles N° 834 de 2008 y N° 1340 de 2009) respecto de *atributos del derecho a un justo procedimiento o debido proceso, en definitiva, a las garantías judiciales* (artículos 8 de la CADH y 14 del PIDCyP de Naciones Unidas), en materia de derecho a la *revisión de la sentencia penal* (sentencias roles N° 986 de 2008; N° 821 de 2008; N° 1130 de 2008; N° 1432 de 2010; N° 1443 de 2010; N° 1501 de 2010); o en materia de *derecho a la presunción de inocencia* (sentencias Rol N° 993 y Rol N° 1152 de 2008); en materia del *derecho a no ser encarcelado por deudas* asegurado por la CADH, artículo 7.7 y el PIDCyP de Naciones Unidas, en su artículo 11 (Rol N° 807 de 2007), para sólo señalar algunos ejemplos

8. El Tribunal Constitucional vacila entre aplicar el *principio de jerarquía* que cada vez más va siendo desplazado por el principio de competencia en el derecho público contemporáneo multinivel o por el principio “*pro homine*” o “*favor persona*”, y sus subprincipios *favor libertatis*, *pro actione*, *favor debilis* e *in dubio pro operario*, cuando se producen conflictos normativos en materia de derechos esenciales o fundamentales.

Hasta el presente, sólo en contadas oportunidades el Tribunal Constitucional ha tenido la voluntad de aplicar la norma supralegal (conforme a su decisión de

enero de 2013) que establece este postulado interpretativo básico en derechos humanos contenida en el artículo 29 literal b) de la CADH, el artículo 5(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 23 de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello lo ha hecho en las sentencias Rol N° 740-07, de 18 de abril de 2008, considerando 66°; sentencia Rol N° 1361-09, de 13 de mayo de 2009 sobre la LEGE, considerando 73°; sentencia Rol N° 1484, de 5 de octubre de 2010, considerando 25°.

La aplicación de dicho postulado obliga a respetar los estándares mínimos de derechos asegurados por el derecho convencional ratificado y vigente, salvo que la norma interna proteja con un estándar superior los derechos fundamentales, aplicando siempre la norma que mejor proteja los derechos, como asimismo, obliga a interpretar restrictivamente las regulaciones limitadoras del ejercicio efectivo de tales derechos.

9. El análisis reseñado posibilita afirmar, además, que el Tribunal Constitucional considera que no tiene competencia o no desea realizar control de convencionalidad en aplicación del *corpus iuris interamericano* y la *jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, lo cual *entrega o traspasa dicho control de convencionalidad a la judicatura ordinaria y los tribunales especiales que contempla nuestro ordenamiento jurídico* si mantiene en forma coherente la afirmación que los derechos esenciales contenidos en tratados internacionales son normas infraconstitucionales, con el consiguiente problema de tener un parámetro de derechos esenciales constitucionales basado en el texto formal de la Constitución mediante control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional y un parámetro de derechos esenciales asegurados por el derecho convencional internacional concretado respecto de las leyes por vía de la judicatura ordinaria y especial a través del control de convencionalidad en virtud de la suprallegalidad de los tratados de derechos humanos, si se sigue el enfoque e interpretación del Tribunal Constitucional afirmada en enero de 2013, lo que potencia las competencias de la jurisdicción ordinaria en materia de derechos humanos y como juez natural y primero del sistema interamericano.

10. Es necesario concluir también la necesidad de fortalecer en el ámbito de las Facultades de Derecho la formación de los futuros abogados en el *conocimiento de fuentes del derecho actualmente vigentes en el ordenamiento jurídico*, como asimismo, *en especial respecto de la integración del derecho internacional de derechos humanos y su fuerza vinculante para los operadores jurídicos nacionales*, ya que para algunos paradigmas mentales asumidos por operadores jurídicos el derecho convencional

internacional de derechos humanos no debe ni es prudente que se considere como fundamento jurídico de sentencias.

11. La necesidad de que los abogados, defensores públicos, fiscales y jueces asuman la conciencia constitucional de respeto, garantía y promoción de los derechos humanos asegurados por los tratados internacionales ratificados y vigentes sobre la materia, como exige el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, ellos sean invocados en estrados y los jueces los apliquen incluso sin necesidad de su invocación por las partes en virtud de que ellos constituyen derecho vigente, de aplicación preferente frente a las leyes que los contravengan en aplicación del *principio iura novit curia*, como asimismo porque su falta de aplicación genera *responsabilidad internacional del Estado por vulneración de derechos humanos*.

12. La mayor conciencia de invocación y aplicación de los derechos esenciales por los operadores jurídicos contribuye, asimismo, a una mejor calidad de diálogo horizontal entre jurisdicciones nacionales sobre la materia y de diálogo vertical entre jurisdicciones nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos, como expresión de una integración global de las diferentes fuentes del derecho y de un sistema de protección integral e integrado, posibilitando sinergias y convergencias interpretativas, lo que redundará en una mayor eficacia y mayor calidad de goce de los derechos fundamentales, que constituye el fundamento último y vertebral de nuestro ordenamiento jurídico constitucional y de los órganos jurisdiccionales establecidos por él mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- AYALA CORAO, Carlos (2012). *Del Diálogo Jurisprudencial al Control de Convencionalidad* (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana), 295 pp.
- BAZÁN, Víctor (2013). “Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos”, en VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flavia, y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2013). *Estudios Avancados de Direitos Humanos* (Rio de Janeiro Ed. Campus Jurídico), pp. 590-616.
- CARPIO MARCOS, Edgar (2004). *La Interpretación de los Derechos Fundamentales* (Lima, Palestra Editores), 166 pp.
- CASTILLA, Karlos (2009) “El principio propersona en la administración de justicia”, en *Revista Cuestiones Constitucionales* N° 20 (Ciudad de México D.F. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*), pp. 65-83.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco (1997). “Los tratados internacionales y el artículo 5° de la Constitución”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 2 N° 2 (Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca), pp. 93-99.

- DULITZKY, Ariel (1997). “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”, en Abregú, Martín, y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires, Ed. Del Puerto/CELS), pp. 33 y ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2003). “Visión prospectiva en relación a la regulación constitucional de los tratados internacionales”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 9 N° 1 (Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca), pp. 485-511.
- JIMENA QUESADA, Luis (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Ed. Thomson Reuters - Aranzadi S.A. Pamplona, 174 pp.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2010). “La aplicación por los tribunales chilenos del derecho internacional de los derechos humanos”. En *Revista Estudios Constitucionales* (año 8, N° 1), Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca - Abeledo Perrot, pp. 425-442.
- FERRAJOLI, Luigi (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Cuarta edición (Madrid, Ed. Trotta), 180 pp.
- FERRER LLORET, Jaume (1998). *Responsabilidad Internacional del Estado y Derechos Humanos* (Madrid, Editorial Tecnos), 472 pp.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2012). *El Control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* (México, Ed. FUNDAp Constitucionalismo y Derecho Público).
- GARCÍA BARZELATO, Ana María (2007) “Informe en Derecho. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 1, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca), pp. 469-480.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2013). “El control judicial interno de convencionalidad”, en VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flavia, y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2013). *Estudos Avancados de Direitos Humanos* (Rio de Janeiro, Ed. Campus Jurídico), pp. 557-589.
- GARCÍA ROCA, Javier. 2012. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales en la construcción de un orden público europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional* N° 30, Madrid; UNED, pp. 181-222.
- HITTERS, Juan Carlos (2009). “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”. En *Revista Estudios Constitucionales*, Año 7

- Nº 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, Universidad de Talca - Abeledo Perrot, pp. 109-128.
- LEVADE, A. (2011) "Perspectives: Confrontation entre controle de conventionnalité et controle de constitutionnalité. *AJDA* Nº 22, pp. 1257-1261.
- LLANOS MANSILLA, Hugo (2005). "Los tratados y la reforma constitucional". En NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *La Constitución Reformada de 2005*. Santiago, Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Librotecnia, pp. 345-379.
- NASH ROJAS, Claudio (2013). "El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.) *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (Santiago, Ed. CECOCH - Librotecnia), pp. 155-199.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1997). "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico-chileno", en *Revista Ius et Praxis*, Año 2 Nº 2 (Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca), pp. 9-62.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006). *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Santiago. Ed. Librotecnia. 413 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012). *Derecho Constitucional chileno*. Tomo I, Santiago. Ed. Abeledo Perrot - Thomson Reuters), 962 p.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012a). "El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010". *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, pp. 149-187.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (Coordinador). (2012b). *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*. Ed. Librotecnia, Santiago.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012c) "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011", en *Revista Estudios Constitucionales*, año 10, Nº 1, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca - Abeledo Perrot, pp. 57-140.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012 d). "Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los jueces nacionales". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie*, año XLV, Nº 135, septiembre-diciembre, 2012, Ciudad de México, pp. 1167-1220.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2009) "La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos. En *Revista de Derecho de la Pontificia*

- Universidad Católica de Valparaíso*. XXXII Valparaíso. Primer Semestre 2009, pp. 487-529.
- PEÑA TORRES, Marisol (2006). “Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 1 N° 1 (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca), pp. 593-611.
- PEÑA TORRES, Marisol (2013). “El principio pro homine o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”, en Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.) *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (Santiago, Ed. CECOCH - Librotecnia), pp. 131-154.
- PEFFER URQUIAGA, Emilio (1997). “Constitución Política de la República y Tratados Internacionales”. En *Revista Ius et Praxis*, Año 2 N° 2, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 63-72.
- 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), 654 pp.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro (2007). “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales* Año 5 N° 1, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 89-118.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. *Revista Estudios Constitucionales*, año 8 N° 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Universidad de Talca - Abeledo Perrot), pp. 117-136.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2002). “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción nacional e internacional”. En *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica* (Libro homenaje a Germán Bidart Campos). (Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional), pp. 33-52.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2013). “Empalmes entre el control de constitucionalidad y de convencionalidad: la Constitución convencionalizada”, en VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flavia, y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2013). *Estudios Avanzados de Direitos Humanos* (Rio de Janeiro. Ed. Campus Jurídico), pp. 617-626.

- TORRES, Natalia (2009). "Las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales locales. La incorporación de la jurisprudencia internacional en el marco de la resolución de conflictos para los jueces nacionales" (Lima, *Gaceta Constitucional*). Tomo 19, pp. 37 y ss.
- TRONCOSO REPETTO, Claudio (2010) "Control de constitucionalidad de tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009". En *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 149-157
- VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flavia, y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2013). *Estudos Avancados de Direitos Humanos* (Rio de Janeiro, Ed. Campus Jurídico).

Sentencias del Tribunal Constitucional citadas

Sentencia Rol N° 33, de 20 de agosto de 1985;
Sentencia Rol N° 288, de 24 de junio de 1999;
Sentencia Rol N° 309, de 4 de agosto de 2000;
Sentencia Rol N° 325, de 26 de junio de 2001;
Sentencia Rol N° 346, de 8 de abril de 2002;
Sentencia Rol N° 389, de 28 de octubre de 2003;
Sentencia Rol N° 519-07, de 5 de julio de 2007;
Sentencia Rol N° 807-07, de 4 de octubre de 2007;
Sentencia Rol N° 804, de 28 de diciembre de 2007;
Sentencia Rol N° 986 de 2008, de 30 de enero de 2008;
Sentencia Rol N° 821 de 2008, de 1° de abril de 2008;
Sentencia Rol N° 740-07, de 18 de abril de 2008;
Sentencia Rol N° 834-07-INA, de 13 de mayo de 2008;
Sentencia Rol N° 834, de 13 de mayo de 2008;
Sentencia Rol N° 993, de 13 de mayo de 2008;
Sentencia Rol N° 943-07, de fecha 10 de junio de 2008;
Sentencia Rol N° 1130 de 2008, de 7 de octubre de 2008;
Sentencia Rol N° 1152 de 2008, de 23 de diciembre de 2008;
Sentencia Rol N° 1307-2009, de 20 de enero de 2009;
Sentencia Rol N° 1361-09, de 13 de mayo de 2009;
Sentencia Rol N° 1218-08, de 7 de julio de 2009;
Sentencia Rol N° 1340, de 29 de septiembre de 2009;

Sentencia Rol N° 1710-10 INC, de 6 de agosto de 2010;
 Sentencia Rol N° 1432 de 2010, de 6 de agosto de 2010;
 Sentencia Rol N° 1.288-2008, de 25 de agosto de 2009;
 Sentencia Rol N° 1443 de 2010, de 26 de agosto de 2010;
 Sentencia Rol N° 1501 de 2010, de 31 de agosto de 2010;
 Sentencia Rol N° 1484, de 5 de octubre de 2010;
 Sentencia Rol N° 1988-11-CPT, de 24 de junio de 2011;
 Sentencia Rol N° 1881-10, de 3 de noviembre de 2011;
 Sentencia roles N°s. 2387-12-CPT y 2388-12-CPT acumulados, de 23 de enero de 2013.

Sentencias de la Corte Suprema de Chile

Corte Suprema de Justicia, sentencia Rol N° 469-98, de 9 de septiembre de 1998.
 Corte Suprema de Justicia, sentencia Rol N° 740-05, de 25 de abril de 2005.
 Corte Suprema de Justicia, sentencia Rol N° 559-04, de 13 de diciembre de 2006.
 Corte Suprema de Justicia, sentencia Rol N° 3125-04, de 13 de marzo de 2007.
 Corte Suprema de Justicia, sentencia Rol N° 4183-06, de 18 de abril de 2007.
 Corte Suprema de Justicia, sentencia Rol N° 4.307-10, de 16 de agosto de 2010.

*Sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana
 de Derechos Humanos*

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso La última tentación de Cristo*, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73.
 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.
 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239.
 Resolución de supervisión de sentencia en el *caso Gelman Vs. Uruguay*, de 20 de marzo de 2013.

