



**Universidad de Valparaíso**  
**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**  
**Escuela de Derecho**



**Tesina de la carrera de Derecho:**

**DESTINATARIOS INVOLUCRADOS EN EL DEBER DE REALIZAR EL  
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL AMBITO INTERNO.**

Alumnos: Camila Díaz Alarcón  
Rodrigo Lagos Guadalupe

Profesor Guía: Dr. Gonzalo Aguilar Cavallo.

Fecha: Noviembre de 2012.

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>1.CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: Su extensión hacia los instrumentos internacionales de derechos humanos. ....</b>	<b>5</b>
<b>2.ÓRGANOS QUE DEBEN EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ....</b>	<b>14</b>
2.1 ÓRGANOS NO JURISDICCIONALES.....	15
2.2 ÓRGANOS JURISDICCIONALES. ....	18
2.3 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO. ....	24
<b>3. CONCLUSIONES. ....</b>	<b>33</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>35</b>

# **DESTINATARIOS INVOLUCRADOS EN EL DEBER DE REALIZAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL AMBITO INTERNO.**

**Camila Díaz Alarcón**

**Rodrigo Lagos Guadalupe**

**Sumario:** 1. Control de convencionalidad: Su extensión hacia los instrumentos internacionales de derechos humanos 2. Órganos que deben ejercer el control de convencionalidad. 2.1 Órganos no jurisdiccionales 2.2 Órganos jurisdiccionales 2.3 El Tribunal Constitucional Chileno 3. Conclusiones.

## **RESUMEN**

El ejercicio del llamado “Control de convencionalidad” se erige como un deber ineludible para los Estados que forman parte del sistema interamericano. Su importancia es manifiesta a la hora de brindar una eficaz protección a los Derechos Fundamentales. Mediante la utilización de este mecanismo normativo los Tribunales chilenos y, en general, todos los órganos del estado, inclusive el Tribunal Constitucional, están encargados de velar porque las decisiones que adopten o las actividades que ejecuten sean respetuosas de las convenciones internacionales de derechos humanos ratificadas por el Estado chileno, y éste no incurra en Responsabilidad Internacional.

**Palabras clave:** Control de convencionalidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Convención Americana de Derechos Humanos. Alcances Control de Convencionalidad. Derechos Humanos.

## **ABSTRACT**

The exercise called "conventional control" can be established for the states that form the interamerican system. Its importance lies when it brings out a vast protection of the fundamental rights by the usage of the normative mechanisms that have been established by the Chilean Courts, the Constitucional Court and in general all of the state offices, , which are in charge of making sure that the descisions that have been adopted or the activities that have been carried out are respectfull of the international conventions and the human rights which have been ratified by the Chilean State and which it does not incurred in international responsibility.

**Keywords:** Conventionality control. Interamerican Court of Human Rights. American Convention of Human Rights. Human Rights.

## **INTRODUCCIÓN**

En el caso “Almonacid Arellano vs. Chile<sup>1</sup>” la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) se refiere por primera vez -con esta denominación- a la obligación de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención) de efectuar una “especie” de “Control de Convencionalidad”<sup>2</sup>. El mismo tribunal, en sentencias posteriores como en “trabajadores cesados del congreso v/s Perú<sup>3</sup> y –más recientemente- en “Atala Riffo y niñas vs Chile<sup>4</sup>” reitera dicha denominación

---

<sup>1</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 164 “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”

<sup>2</sup> Si bien se trata de la primera vez que la Corte utiliza esta denominación y tiende a caracterizarla es términos muy generales, ya se había referido a esta con anterioridad en CORTE IDH “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Párrafo 27.

<sup>3</sup> Corte IDH. 24 de noviembre de 2006 “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.”. Serie C N° 158.

y, como veremos posteriormente, procede luego a ampliarla. En el marco de la evolución que ha tenido este concepto es que han surgido, en los últimos años diversas interpretaciones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en orden a precisar su objeto, cuales son los órganos llamados a ejercerlo y como se debe efectuar dicho control. De ahí surgen las siguientes interrogantes, que es este trabajo buscamos clarificar, a saber: ¿Qué es el control de convencionalidad? ¿Cuál es el objeto que persigue? ¿Cuál es su fundamento? ¿Cuáles son los órganos encargados de llevarlo a cabo? En el derecho chileno ¿Solo compete su ejercicio a los órganos del poder judicial? ¿Cuál es la situación del Tribunal Constitucional Chileno? Constituye una inaplicabilidad por inconstitucionalidad encubierta? ¿Cómo cumplen con el mandato de la Corte los órganos que no ejercen jurisdicción? ¿Cuál es el efecto de la declaración de inconvencionalidad? En primer lugar nos ocuparemos de –en el contexto de su evolución histórica- determinar el concepto, objeto y fundamento de la institución en estudio; en segundo lugar, procederemos a señalar cuales son los órganos encargados de ejecutar este control y como han de efectuarlo, para estos efectos distinguiremos entre órganos jurisdiccionales y órganos no jurisdiccionales, analizando en extenso la situación del Tribunal Constitucional chileno; luego, formularemos algunas consideraciones de carácter general en cuanto a lo anteriormente expuesto, señalando cuales son los desafíos a superar en torno a esta institución y el modelo que, a su respecto, estimamos idóneo para su ejercicio. Para este propósito se utilizará un método de análisis jurisprudencial selectivo y se tendrán en cuenta las diversas teorías que, elabora la doctrina nacional y latinoamericana.

## **1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: Su extensión hacia los instrumentos internacionales de derechos humanos.**

El control de convencionalidad, como manifestación del carácter obligatorio para los Estados parte de las normas de derecho internacional que protegen los derechos fundamentales de las personas en el sistema interamericano, se desarrolla en un contexto

---

<sup>4</sup> Corte IDH. 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas.) “Atala Riffo y niñas vs. Chile” Párrafo 282. Serie C N° 239, p.82.

determinado. La influencia y la presencia cada vez más intensa de todas las áreas del Derecho Internacional en el derecho interno y, particularmente, del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, ha generado un cambio de paradigma en la estructura de fuentes del derecho interno y, especialmente, en el Derecho Constitucional. Este cambio no es reciente, sino que ha venido produciéndose lentamente gracias a la irradiación normativa del Derecho Internacional de los derechos humanos sobre el Derecho Constitucional<sup>5</sup>. Para Humberto Nogueira “en el ámbito regional americano la interacción entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos fundamentales o humanos adquiere una dimensión especial y más estrecha, constituyendo una verdadera fusión y un único sistema de derechos, los cuales se alimentan de la fuente interna constitucional y de las fuentes internacional, incorporándose estas últimas generalmente como parte del bloque constitucional de derechos”<sup>6</sup>. El proceso que señala este autor es propio de la segunda mitad del siglo XX y continúa su evolución en nuestros días, resultando su perfeccionamiento prioritario para el efectivo resguardo de las garantías fundamentales de las personas<sup>7</sup>. Desde luego, los decálogos de derechos y garantías previstas en las Constituciones nacionales de los Estados latinoamericanos resultaron insuficientes y la necesidad de que los distintos países se uniesen para emitir documentos internacionales donde reconocieran derechos humanos a manera de un estándar internacional y se establecieran órganos de supervisión y control, se hizo manifiesta luego del sufrimiento de la humanidad al terminar la segunda guerra mundial<sup>8</sup>. Lo anterior

---

<sup>5</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo: “*El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público*”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, núm. 1 (2006), pp. 117-154.

<sup>6</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012). “*El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos por el tribunal constitucional chileno en el período 2006-2010*”. En *El Diálogo Transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Interamericanas de Derechos Humanos*. Santiago: Librotecnia, p 192.

<sup>7</sup> CANCADO TRINDADE, Antonio. (2006) “*El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p.37.

<sup>8</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “*Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*.” Santiago: Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, 2011, p. 346,

condujo a que, en 1948, se creara la Organización de Estados Americanos (OEA) y luego, en 1969, se dictase la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), creándose, en dicho acto la Comisión Interamericana de Derecho humanos y la Corte Interamericana de Derechos humanos.

La CADH<sup>9</sup> tiene como finalidad principal velar por el respeto, promoción y protección de los derechos humanos, debiendo los Estados que ratifican aquella y los tratados que la complementan, adaptar sus ordenamientos jurídicos para que dicha finalidad se vea satisfecha. Además, los cuerpos colegiados que son fruto de aquella carta buscan, en general, operar frente a Estados en que el derecho prevalece y su propósito es, por excelencia, reparar violaciones de Derechos Humanos cuando la red protectora nacional ha fallado<sup>10</sup>.

Si bien todo tratado genera obligaciones y derechos a favor de los Estados que los ratifican, dichas circunstancias varían y adquieren un rol central dentro de los ordenamientos jurídicos en la medida que versen sobre derechos de la persona humana<sup>11</sup>, sobre todo en nuestro sistema jurídico, en que aquellos constituyen un límite a la soberanía estatal<sup>12</sup>. Sin embargo, en la actualidad vemos que ya no basta con la mera incorporación formal de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que para dar cumplimiento a sus imperativos se requiere de un esfuerzo mayor por parte de las

---

ISSN 0718-0195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. [Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>] [Consultado el 28 de octubre de 2012].

<sup>9</sup> Chile ratificó la Convención en el año 1990.

<sup>10</sup> MEDINA QUIROGA, Cecilia; NASH ROJAS, Claudio (2007). “*Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*”. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pág. 45.

<sup>11</sup> BILICIC, Tomislav; VALENZUELA, Williams (2012). “*Control de Convencionalidad interno o difuso: Bases para una teoría adecuada desde la Constitución Chilena.*” Santiago. Diario Constitucional. Disponible en <http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=190>. [Consultado el 27 de Agosto de 2012]

<sup>12</sup> Constitución Política De Chile. Editorial Jurídica de Chile. Artículo 5to inciso 2º.

jurisdicciones nacionales<sup>13</sup>. La necesidad de cumplir lo dispuesto en un tratado es concordante con las normas imperativas de derecho internacional general que emanan de la convención de Viena sobre derecho de los tratados, a saber, los principios *pacta sunt servanda* y *bona fides*, conforme a los cuales los Estados deben cumplir de buena fe los compromisos que adoptan. Lo anterior implica, además, que éste debe dar aplicación efectiva al derecho internacional en el derecho interno mediante la creación de normas o tomando de medidas que se ajusten al compromiso asumido y la derogando aquellas incompatibles con los mismos. Es en este punto, conforme a las normas del *ius cogens*, a una interpretación armónica de las disposiciones contenidas en los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que aparece el control de convencionalidad, como una obligación que asiste a los Estados parte de la misma.

Si bien la obligación de los Estados Parte de la convención de adoptar las medidas necesarias para que el goce de los derechos y libertades asegurados en la convención no sean menoscabados en sede estatal se contiene en el mismo articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la corte, solo a partir del año 2006, se refiere a este mandato bajo la denominación de “control de convencionalidad” en la sentencia del caso “*Almonacid Arellano vs. Chile*”<sup>14</sup>. En aquella oportunidad el fallo señala textualmente: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales 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

---

<sup>13</sup> NASH ROJAS, Claudio (2012): “*Control de convencionalidad: precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. En Nogueira Alcalá, Humberto (Coordinador) *El Diálogo Transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Interamericanas de Derechos Humanos*. Santiago: Librotecnia, pp. 359- 385, p. 362.

<sup>14</sup> A propósito de los delitos de lesa humanidad.

“control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>15</sup>.

Más tarde, esta argumentación es reiterada por la Corte en el caso “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*” con las siguientes palabras: “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana”<sup>16</sup>.

Estos primeros fallos, según podemos observar, enfatizan que el parámetro del control de convencionalidad está constituido por la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la interpretación que de sus disposiciones ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, señalan que dicho control debe ser ejercido solo por los órganos del Estado parte que formen parte del poder judicial, por lo que el destinatario del ejercicio de este control es más acotado.

El concepto que podemos extraer de estas primeras sentencias citadas ha ido mutando con el transcurso del tiempo. Es así como podemos hablar de una segunda etapa en la evolución del mismo<sup>17</sup>. En esta, la Corte va más allá y señala que “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

---

<sup>15</sup> CORTE IDH. 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 164 “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”. El destacado es nuestro.

<sup>16</sup> CORTE IDH. 24 de noviembre de 2006 “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”. Serie C N° 158.

<sup>17</sup> En este sentido nos apartamos de lo señalado por el profesor NASH, solo para clarificar la exposición del tema.

y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”<sup>18</sup>. Si llevamos esto a nuestro sistema interno, se amplía ostensiblemente el número de órganos llamados a ejecutar el control que es objeto de nuestro estudio incluyéndose -por cierto- uno de los órganos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico: El Tribunal Constitucional.

Por último podemos distinguir una tercera etapa, en ella, como señala Claudio Nash, “se incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública, es decir, -agrega- se amplía el espectro desde el poder judicial a todos los órganos públicos, a propósito del análisis de la compatibilidad de una ley de amnistía aprobada democráticamente<sup>19</sup>”. El mismo autor cita el párrafo 239 de la sentencia que pronunció la Corte en el caso “*Gelman vs. Uruguay*” la cual dispone que “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también *debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*<sup>20</sup>. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al

---

<sup>18</sup> Corte IDH. “*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, 26 de noviembre de 2010, párrafo 225.

<sup>19</sup> NASH ROJAS, Claudio (2012) p. 371.

<sup>20</sup> El destacado es nuestro.

establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley<sup>21</sup>”.

Siendo armónica con la evolución precedentemente expuesta la Corte- paralelamente- incorpora al cuerpo normativo que es parámetro del control de convencionalidad a todo tratado que verse sobre derechos humanos ratificado por el Estado parte y que forme parte del llamado “Corpus iuris convencional de los derechos humanos”.

Como señala el ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Cancado Trindade, dada la actual multiplicidad de los tratados e instrumentos de protección, no llega a sorprender que la interpretación y aplicación de ciertos dispositivos de un determinado tratado de derechos humanos sean a veces utilizadas como orientación para la interpretación y aplicación de dispositivos correspondientes de otro tratado de derechos humanos<sup>22</sup>. Los múltiples tratados e instrumentos de protección se han reforzado mutuamente mediante una interacción interpretativa, en beneficio último de los seres humanos protegidos. La misma interacción interpretativa ha contribuido de cierto modo a la universalidad<sup>23</sup> del derecho convencional de protección de los derechos humanos. La

---

<sup>21</sup> Corte IDH. *Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párr. 239

<sup>22</sup> CANCADO TRINDADE. (2006)

<sup>23</sup> El principio de la universalidad de los derechos humanos es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. Este principio, tal como se destacara inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. Todos los Estados han ratificado al menos uno, y el 80 por ciento de ellos cuatro o más, de los principales tratados de derechos humanos, reflejando así el consentimiento de los Estados para establecer obligaciones jurídicas que se comprometen a cumplir, y confiriéndole al concepto de la universalidad una expresión concreta. Algunas normas fundamentales de derechos humanos gozan de protección universal en virtud del derecho internacional consuetudinario a través de todas las fronteras y civilizaciones. Así, universalizar los derechos implica reconocerlos derechos en cualquier lugar, momento y realidad histórica. Más información al

interacción de los tratados e instrumentos de derechos humanos ha colaborado a dar precisión al alcance de las obligaciones convencionales y a asegurar una interpretación uniforme del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Argumenta de similar manera, en su voto razonado, emitido en el reiteradas veces citado caso “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”, el juez Sergio García Ramírez, quien puntualizó que al referirse al control de convencionalidad, si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y la aplicación de la Convención, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus iuris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera<sup>24</sup>”. Esta idea una vez más se replica en la Opinión Consultiva a la Corte OC-16/99<sup>25</sup>, en la que el voto razonado del mismo juez señala: “El corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones...”<sup>26</sup>.

Ante esta multiplicidad de fuentes protectoras existentes en materia de Derechos Humanos, es la misma Convención la que entrega un respuesta respecto de la forma de aplicación de las mismas en su artículo 29, al establecer que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de que limite el goce y ejercicio

---

respecto en La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH), *¿Qué son los derechos humanos?* disponible en [<http://www.ohchr.org>] Consultado el 28 de noviembre de 2012.

<sup>24</sup> Corte IDH, “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”, voto razonado juez Sergio García Ramírez. Párrafo 2.

<sup>25</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva a la Corte OC-16/99. Voto razonado juez Sergio García Ramírez.

<sup>26</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 16/99, párrafo 115. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes *o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados*”<sup>27</sup>. Es este artículo a nuestro juicio un mandato de armonización de la Convención junto con las demás Convenciones que haya ratificado el Estado en cuestión. Por tanto, la Convención se trataría de un estándar mínimo para que, en todo caso, sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la Convención Interamericana, y, con mayor intensidad, a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana; estándar que las propias constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también formen parte del “bloque de convencionalidad<sup>28</sup>” otros tratados<sup>29</sup>, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demases que hayan sido ratificados. En otras palabras, el parámetro del control de convencionalidad (que como mínimo comprende la Convención, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte), puede ser válidamente ampliado en sede nacional cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión. Por lo tanto, no se trata estrictamente de un control de compatibilidad únicamente con la Convención, sino que es o debería ser un control de la compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos incorporado y vigente<sup>30</sup>. El control de

---

<sup>27</sup> El destacado es nuestro

<sup>28</sup> Se utiliza esta expresión de “bloque” para señalar ciertas fuentes, además de las ya señaladas precedentemente, a saber: ius cogens, derecho internacional consuetudinario y derecho internacional convencional ratificado por Chile y vigente, los que en conjunto constituyen el bloque convencional de derechos fundamentales. Mayor desarrollo de la temática en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “*Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: La sentencia Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional*”. Estudios Constitucionales, Año 5, N° 2, 2007, pp. 457-466, ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. [Disponible en [http://www.cecococh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n\\_2\\_5\\_2007/20\\_Los\\_derechos.pdf](http://www.cecococh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/20_Los_derechos.pdf)]. Revisado el 28 de Noviembre de 2012.

<sup>29</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011).

<sup>30</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *El Diálogo Transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Interamericanas de Derechos Humanos*. Santiago: “*El control de convencionalidad y el rol de juez nacional como juez de derechos humanos*”. Pág. 484, Editorial Librotecnia. SANTIAGO, LIBROTECNIA, 2012, P. 484.

convencionalidad, por tanto, simplemente traduce la obligación convencional de los Estados de respetar y cumplir con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos que el Estado haya suscrito y ratificado<sup>31</sup>.

Concluiremos, a partir del análisis anteriormente señalado, y teniendo como referencia la Convención y la jurisprudencia emanada de la Corte, con un concepto de control de convencionalidad, definiendo a este como: “Un control normativo que debe ser ejercido en el ámbito interno por todo órgano estatal, ejerza o no jurisdicción, en virtud del cual se contrastan las normas que constituyen el llamado “corpus iuris convencional de derechos humanos” con las disposiciones de derecho interno, procurando -en su ejercicio- aplicar aquella norma que mejor proteja los derechos fundamentales de las personas”.

Una vez que ya hemos definido respecto de qué fuentes e instrumentos se realiza el control de convencionalidad, analizaremos cuáles son los órganos involucrados en su despliegue.

## **2. ÓRGANOS QUE DEBEN EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.**

Como hemos expuesto anteriormente, desde 2006 hasta nuestros días, la jurisprudencia de la CIDH ha variado sustancialmente en cuanto a determinar cuáles son los órganos del Estado llamados a ejercerlo. En un principio se afirmó que ello solo correspondía al poder judicial<sup>32</sup>, pero dicha noción ha variado extendiéndose, en general, a “todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de

---

<sup>31</sup>AGUILAR CAVALLO. (2012), p. 506.

<sup>32</sup> CORTE IDH, “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

justicia<sup>33</sup>”. Por lo tanto, para clarificar mejor este asunto, estimamos pertinente efectuar la siguiente distinción, estudiando -en consecuencia- por separado la situación de los órganos no jurisdiccionales y la situación de los órganos jurisdicciones, deteniendo nuestra atención en lo que concierne a nuestro Tribunal Constitucional.

## 2.1 ÓRGANOS NO JURISDICCIONALES.

La referencia a los órganos no jurisdiccionales se explica por la amplitud del mandato de la Convención en sus arts. 1.2, 2, 27 y 29 y la interpretación que de ella ha efectuado la CIDH en el ejercicio de sus atribuciones al dictar sentencias<sup>34</sup>. Dichas sentencias -que las podemos encasillar en la tercera etapa de la evolución del concepto de control, abordado en el primer capítulo- señalan que la obligatoriedad del ejercicio del control de convencionalidad se extiende a todo órgano del Estado y no solo a aquellos que ejercen jurisdicción. Esta interpretación parece armónica con las disposiciones de la convención precedentemente expuestas, sirviendo como un mecanismo idóneo para proteger a los sujetos imperados de abusos perpetrados por los poderes ejecutivo y legislativo. A mayor abundamiento, dicho razonamiento es defendido por algunos autores, por ejemplo: Henríquez Viña señala “tal control normativo debería ser efectuado por todos los órganos del Estado, pero especialmente por todos los jueces nacionales...<sup>35</sup>”; Nash, estima que “el control de convencionalidad es realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales, defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH” agrega -además- que “las

---

<sup>33</sup> CORTE IDH, “*Contreras y otros vs El Salvador*”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No 232, par 226.

<sup>34</sup> Lo anterior podemos constatarlo en sentencias anteriormente citadas como: “*Contreras vs El Salvador*”, “*Gelman vs Uruguay*”, por ejemplo.

<sup>35</sup> HENRIQUEZ VIÑA, María Lorena (2012) “Análisis de la jurisprudencia recaída en recursos de protección y el control de convencionalidad (1989-2011)” en *El Diálogo Transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Interamericanas de Derechos Humanos*. Santiago: Librotecnia, p. 252.

consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada agente estatal y, por tanto, esto no implica necesariamente la facultad de expulsar normas del sistema interno<sup>36</sup>”.

No obstante, es menester consignar que no todos los autores están contestes en cuanto a que este comprenda a los órganos no jurisdiccionales. Nogueira afirma “El control de convencionalidad es un control jurisdiccional desarrollado siempre por tribunales<sup>37</sup>”. Este mismo autor agrega que en el ámbito internacional dicho control es ejercido en forma concentrada por la CIDH, cuestión respecto de la cual disentimos ya que, siguiendo a Aguilar<sup>38</sup>, consideramos que aquel es un control normativo en que se contrastan normas de derecho internacional con normas del derecho interno y, por tanto, no podría ser llevado a cabo por la Corte ya que para esta, tanto la Constitución como las demás normas del ordenamiento jurídico interno son hechos, no derecho, actos que pueden ser considerados como lícitos o ilícitos y que, en el caso de los últimos, pueden acarrear la responsabilidad internacional del Estado.

Los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren su territorio y a todas las personas sometidas a su jurisdicción los derechos asegurados por un instrumento internacional ratificado por éste, por tanto, las obligaciones de la Convención son vinculantes para todos los Estados Parte en su conjunto, e involucra a los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local están en condiciones de asumir la responsabilidad del Estado Parte. El poder ejecutivo, que suele representar al Estado internacionalmente, no puede señalar que un acto incompatible con las disposiciones de la Convención fue llevado a cabo por otro órgano o poder distinto del Estado como medio de atenuar su responsabilidad internacional, ni tampoco es posible argüir normativa de derecho interno para el incumplimiento de la Convención<sup>39</sup>. Por tanto,

---

<sup>36</sup> NASH ROJAS (2012), p.362.

<sup>37</sup> NOGUEIRA ALCALÁ (2012) p.296.

<sup>38</sup> AGUILAR CAVALLO (2012), p.476.

<sup>39</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 27.

la teoría del control de convencionalidad, tal como es propuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no hace sino reiterar la obligación de los Estados partes en la Convención Americana de adecuar su derecho interno a las disposiciones y principios de la propia Convención<sup>40</sup>. Esta obligación de garantía, se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en los instrumentos internacionales. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención<sup>41</sup>.

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción y omisión de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención<sup>42</sup>. Por lo mismo, el Control de Convencionalidad no se trata únicamente de una obligación que asistiría a los jueces nacionales, sino que es una obligación global que involucra al aparato estatal en su conjunto y a todos los poderes que lo componen, tanto a órganos jurisdiccionales como a los no jurisdiccionales. A propósito, la Corte ha señalado: “Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2012), p.479.

<sup>41</sup> NASH ROJAS, Claudio, (2012) p.64

<sup>42</sup> Corte IDH. “*La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*”, cconsiderando 72.

<sup>43</sup> Corte IDH. “*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*” 28 de julio de 1988. Párrafo 166.

El caso “Última tentación de Cristo”<sup>44</sup> para nuestro país en materia de control de convencionalidad por parte de un órgano no jurisdiccional resulta emblemático. En dicha oportunidad la Corte señaló que, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno vigente en aquel entonces,<sup>45</sup> el Estado estaba incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención. Al fallar en contra de nuestro país la Corte, el poder legislativo, en cumplimiento de esta sentencia, realiza un control de convencionalidad entre el ordenamiento jurídico vigente y las normas de la Convención, teniendo como resultado la derogación de la censura cinematográfica. Existen a su vez distintas ocasiones en que a raíz de lo ordenado por la Corte, los Estados han debido realizar un control de Convencionalidad con sus normas internas y las normas de la Convención y proceder a la modificación de la legislación<sup>46</sup>.

## 2.2 ÓRGANOS JURISDICCIONALES.

Como hemos indicado reiteradamente en apartados anteriores, la jurisprudencia de la CIDH evoluciona en la forma de entender la obligación de cada Estado Parte de efectuar el control de convencionalidad. No obstante, podemos reconocer como factor común, en gran parte de las sentencias analizadas, la referencia al poder judicial.

---

<sup>44</sup> Corte IDH. “*La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*”, considerando 72.

<sup>45</sup> Constitución Política de la República, artículo 19 número 12 y Decreto Ley número 679.

<sup>46</sup> Por ejemplo, pronunciamientos sobre la pena capital con el objeto de restringirla únicamente a los delitos más graves tal como dispone la Convención, como asesinatos (Sentencias de 21 de junio de 2002, caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros v. Trinidad y Tobago*, y 20 de noviembre de 2007, caso *Boyce y otros v. Barbados*), desapariciones forzadas (Sentencia de 22 de noviembre de 2007, caso *Gómez-Palomino v. Perú*), interdicción de la tortura (Sentencia de 11 de marzo de 2005, caso *Caesar v. Trinidad y Tobago*)

En nuestro país, no todos los órganos que ejercen jurisdicción forman parte del poder judicial, por lo que la ampliación de la noción que acuñó la Corte salvaría un eventual conflicto. Con todo, también es útil enfatizar que el fundamento último de dicha obligación se halla en las normas de la CADH, por la que la omisión de un pronunciamiento -por parte de la Corte- en orden a señalarlo o no como destinatario de este imperativo no debería implicar que aquellos no ejerzan el control.

Es por lo expuesto que preferimos abordar este tema refiriéndonos no sólo a los órganos que, en nuestro derecho, forman parte del poder judicial, sin perjuicio de reservarnos el apartado siguiente para tratar lo relativo al Tribunal Constitucional Chileno.

A pesar de que la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” y, consecuentemente, de respetar las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados y demás fuentes del derecho internacional, se extiende a todos los órganos del Estado cierto es que aquel tiene como destinatario natural a los tribunales de justicia. A nivel comparado, contamos con ejemplos como el de Francia, donde son los tribunales ordinarios y especiales quienes ejercen de forma difusa el control, inaplicando aquellas leyes incompatibles con las convenciones suscritas conforme al artículo 55 de su texto constitucional, el cual reconoce la supralegalidad de los tratados, además, en lo que respecta a los tratados en materia de derechos humanos, surge la obligación de los jueces de aplicar la Convención también por medio de la intervención del Juez de Constitucionalidad. En otros supuestos, como puede ser el italiano, cabe resaltar que el control venía siendo ejercitado de forma difusa por las diferentes instancias judiciales hasta que el Tribunal Constitucional se hizo garante directamente incorporando un control centralizado. Sin duda el supuesto más conocido es el contemplado en el seno de la Unión Europea con la denominada cuestión prejudicial que se convierte en un destacado instrumento de colaboración entre las instancias judiciales de los diferentes países de la Unión y el Tribunal de Justicia<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> DE VERGOTINNI, Giuseppe. *El diálogo entre tribunales*. UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 28, 2011, pp. 335-352.

En Chile este control se realiza de forma similar. Si la solución que franquea la ley es contraria o no a la Convención Americana –y demás convenciones internacionales ratificadas por el estado y que versen sobre Derechos Humanos- en cumplimiento a sus obligaciones internacionales, y en el evento que dichas directivas sean contrapuestas y la ley nacional brinde una protección a los derechos esenciales de la persona de forma menos eficaz a que la que emana de un instrumento internacional debe dejar de lado la ley y aplicar la Convención. Buscando una manera más ilustrativa de comprender este fenómeno y señalando que no se trata de una actividad que realice el juez descansando sobre el tradicional criterio de la jerarquía entre normas resulta menester señalar que lo esencial de aquel control es hacer aplicable aquella norma que de mejor manera tutele los derechos fundamentales<sup>48</sup>, lo que se conoce como principio “*pro homine*”<sup>49</sup>. Este principio<sup>50</sup> es un “postulado básico en materia de derechos fundamentales que lleva a aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el o los derechos esenciales o fundamentales del ser humano, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al Derecho interno, lo que lleva a la interpretación que mejor favorezca y garantice, optimizando los derechos humanos. En caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los

---

<sup>48</sup> SOTO, Victor. *La ratio decidendi y la opinión consultiva en los fallos de Corte IDH como factor vinculante a los Estados parte de la CADH*. 11 de Octubre de 2012. Disponible en [<http://www.diarioconstitucional.cl/mostrarticulo.php?id=206>] Consultado el 20 de Octubre de 2012.

<sup>49</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012), p. 205

<sup>50</sup> El Tribunal Constitucional Chileno ha utilizado, en el ejercicio de su jurisdicción, dicho postulado en un número acotado de sentencias, entre las que mencionamos -a título meramente ejemplar- los fallos Rol N° 740-2009 y N° 1361-2010. El primero de estos señala, en el considerando 73, lo siguiente: “Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: “En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “*pro homine*” o “*favor libertaris*” definido en la jurisprudencia de la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “entre las diversas opiniones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (*Opinión Consultiva 5, 1985*): “*Rol N° 740*”.

informan”<sup>51</sup>. En virtud de lo anteriormente expuesto es que nos oponemos a lo señalado por Henríquez Viña<sup>52</sup>, quien al analizar las sentencias pronunciadas en sede de protección por las Cortes de Apelaciones en Chile, concentró aquellas en que se hacían referencias a tratados internacionales en 3 grupos. En el primero de ellos ubica a los fallos en que los tratados internacionales fueron invocados -señala- para reforzar los argumentos empleados por los ministros. Aquello no implicaría efectuar un control de convencionalidad pues no hay conflicto normativo ya que el tratado, en estos casos, era concordante con el resto de la normativa nacional. En el segundo grupo aparecen las sentencias en que los tratados internacionales sobre derechos humanos se invocan con el objeto de ampliar o complementar el contenido de un derecho constitucional<sup>53</sup>, señalando que en los fallos de este grupo no se efectuó un control de convencionalidad porque los tratados solo complementan los derechos y garantías constitucionales o amplían sus contenidos. En cuanto al tercer grupo, los tratados de derechos humanos internacionales constituyen el parámetro de legalidad del recurso de protección<sup>54</sup>. En este grupo de fallos la Corte sí debió resolver un conflicto normativo, estimando que la ilegalidad implica un acto contrario al ordenamiento jurídico y por tanto también es contrario al tratado internacional, como fuente del derecho distinta de la ley. Respecto a este grupo de resoluciones la autora afirma lo siguiente “En la referencia a los tratados como parámetro de ilegalidad los tribunales de Alzada omitieron señalar la jerarquía de aquellos, lo que evidencia que dichos tribunales no solo no ejercieron el control de convencionalidad, sino que omitieron un elemento indispensable del mismo, cual es el reconocimiento del rango supraconstitucional de los tratados de derechos humanos y particularmente de la Convención Americana”. Estamos en desacuerdo con lo planteado anteriormente. Estimamos que en los tres grupos mencionados

---

<sup>51</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012) p. 205.

<sup>52</sup> HENRÍQUEZ VIÑA (2012) p.256.

<sup>53</sup> Destaca el caso Rol N° 7766 – 2009 “Patricia Vásquez con Fonasa”. Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de Noviembre de 2009.

<sup>54</sup> Podríamos señalar se entienden comprendidos en este grupo: Rol 1705-2009 Caso Mariano Puelman Nanco y otros contra COREMA de la Araucanía y Rol 545-2010 Caso Alumnos de la Escuela Blanco Lepín con Policía de Investigaciones, del año 2010, ambos de la Corte de Apelaciones de Temuco.

de sentencias -con mayor claridad en los últimos dos- la Corte de Apelaciones de Temuco ejerció el control de convencionalidad<sup>55</sup>. La mención u omisión del criterio jerárquico no constituye, por cierto, un criterio determinante para señalar que él se realiza. A mayor abundamiento, ninguna de las sentencias que hemos analizado se refiere expresamente al criterio jerárquico como elemento del control de convencionalidad y ello no sería factible puesto que, como señala Aguilar, la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico y la consecuente aplicación del criterio jerárquico no es pertinente cuando la pugna se presenta entre una norma de un tratado internacional y otra del derecho interno ya que “las fórmulas que derivan de la estructura piramidal del ordenamiento jurídico no admiten una solución que sea siempre respetuosa de la convención o acuerdo que importa todo tratado internacional[...]la duda acerca de si admitir o aplicar el control de convencionalidad por los tribunales internos, implica la primacía del Derecho Internacional, no plantea acertadamente la cuestión. Sobre todo, porque no siempre la solución es unívoca, pues conservar la intangibilidad del acuerdo internacional no puede conducir a un resultado lesivo de los derechos fundamentales...”<sup>56</sup>.

Resulta pertinente al efecto citar una sentencia del mismo tribunal, -Corte de Apelaciones de Temuco- la cual dispone: “Que previo a entrar al fondo del presente recurso, se hace necesario dejar establecido que los Estados tienen las obligaciones de respetar los derechos y garantizarlos. En ese sentido[...] No basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre ( *Corte I.D.H. Caso Ximenes Lopes, 4 /7/2006.Digesto de Jurisprudencia, de la Corte*

---

<sup>55</sup> Cabe señalar que la Corte de Apelaciones de Temuco ha sido pionera en la implementación del Control de Convencionalidad en nuestro país, aplicando inclusive en sus resoluciones la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Destacan: Sentencia n° 29219, de Corte de Apelaciones de Temuco - Sala Primera, 10 de Julio de 2012. Sentencia n° 27906, de Corte de Apelaciones de Temuco - Sala Segunda, 3 de Julio de 2012 y Sentencia n° 27908, de Corte de Apelaciones de Temuco - Sala Segunda, 3 de Julio de 2012.

<sup>56</sup> AGUILAR CAVALLO (2012) P. 203.

*Interamericana de Derechos Humanos, Enero de 1984- febrero de 2012, Nicolás Espejo Yaksic- Carla Leiva García, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago 2012, pág.17).* En la misma línea de respetar- y según obra citada - precisa en otro fallo, 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 [...] 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. Los jueces y los 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, interprete última de la Convención Americana.( *CIDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México- 26/11/2010*) *Respecto de la obligación de garantizar los derechos, dicha Corte, en la misma obra ya citada ha señalado que esta obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos ( CIDH. Caso Masacre de Pueblo Bello, 31/ 1/ 2006).*<sup>57</sup>” En este caso, ante la corte se presenta un recurso de protección fundado en la vulneración de un deber impuesto por el convenio 169 de la OIT, al respecto, al Estado le asiste el deber de consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos adecuados sobre aquellas decisiones legislativas o administrativas que pudieren afectarles. En su razonamiento, la Corte relaciona los artículos de aquel instrumento convencional con el artículo 1 de nuestra Constitución Política de la República, basado en las consideraciones de la jurisprudencia de la CIDH, es decir, complementa una disposición que en términos meramente programáticos señala que el Estado debe propender a la realización material y espiritual de las personas que habitan su territorio, con una garantía concreta consagrada en un convenio internacional, lo anterior claramente constituye un ejercicio por parte de la Corte del Control de convencionalidad. Asimismo es menester consignar lo decidido por la Corte Suprema de Chile en el Caso

---

<sup>57</sup> CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 10 de julio de 2012, Protección 461-2012. “Ignacio Cañumir Dumihuala con Ilustre Municipalidad de Lonquimay”.

Molco<sup>58</sup>, en que el tribunal aplicó tanto normas de derecho internacional convencional como normas del derecho internacional consuetudinario, declarando la imprescriptibilidad de la acción penal por haberse tratado, en la especie, de crímenes de lesa humanidad perpetrados durante un estado de guerra interna.

La jurisprudencia seleccionada anteriormente citada constituye una clara evidencia sobre la efectiva implementación de control de convencionalidad en la actualidad en el Poder Judicial, todo ello pese a la negativa y continua resistencia de un sector de la doctrina constitucionalista, lo que no tiene por objeto sino la efectiva tutela y resguardo de los derechos fundamentales de las personas.

### **2.3 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO.**

Si bien el mandato de la Corte Interamericana es preciso -como determinamos anteriormente- al momento de señalar que el Control de Convencionalidad es un control normativo y una obligación que asiste al Estado y al Poder Judicial, existen profundas discrepancias respecto a si este imperativo compete a su vez al Tribunal Constitucional. Inclusive, el Ministro del Tribunal Constitucional, Domingo Hernández Emparanza, al ser consultado al respecto, ha optado por no anticipar opinión<sup>59</sup>. Este silencio que ronda al

---

<sup>58</sup> CORTE SUPREMA. 13 de septiembre de 2006, Rol n° 559- 2004.

<sup>59</sup> DIARIO CONSTITUCIONAL, 3 de Julio de 2012, Entrevista al nuevo Ministro del TC, Domingo Hernández Emparanza: *Ahora bien, ¿pueden los tribunales ordinarios de justicia desaplicar normas legales sobre la base de consideraciones constitucionales o bien por aplicación del control de convencionalidad?* Naturalmente, la acción de inaplicabilidad es precisamente el medio dirigido a inaplicar normas legales sobre la base de consideraciones constitucionales y lo propio ocurre con la cuestión de constitucionalidad[...] En esta dimensión, los tribunales nacionales, incluso las Cortes Constitucionales, estarían a aplicar con preferencia el derecho convencional que emana de los tratados internacionales e incluso la interpretación que del respectivo tratado hace la Corte Interamericana, por sobre el derecho interno. Esto ha sido particularmente evidente en temas como la imprescriptibilidad de acciones penales o de las penas en procesos por violación de derechos humanos, o respecto de la aplicación de la ley de amnistía, en que la Corte Suprema ha recogido y aplicado la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con todo, esta visión del control de convencionalidad, entusiastamente defendida por algunos, es vivamente criticada por otros constitucionalistas, que niegan a la jurisprudencia de la citada Corte el carácter de fuente del derecho interno y acotan el rol del TC al papel de mero contralor de la constitucionalidad formal.

deber de realizar el control por este órgano provoca confusiones de tipo conceptual, las que intentaremos dilucidar.

Si de lo que se trata es de asegurar el efecto útil de la Convención contra normas internas que se le opongan en los procesos respectivos, la misión de aplicar sin cortapisas el derecho de la Convención tiene que involucrar, igualmente, a las Cortes y Tribunales constitucionales, aunque en algunos casos no pertenezcan al Poder Judicial y operen como entes constitucionales autónomos. Estimamos que este control debe ser efectuado igualmente por este, tal como incipientemente es realizado en la actualidad, como analizaremos<sup>60</sup>.

Los operadores jurídicos tienen la obligación de interpretar y aplicar el derecho internacional válidamente incorporado al derecho interno, de acuerdo a los principios de buena fe y cumplimiento de las obligaciones válidamente contraídas por el Estado. Así, la jurisdicción constitucional debe hacer el esfuerzo máximo de armonizar las normas de fuente interna con las normas incorporadas al derecho interno y de fuente internacional<sup>61</sup>. El constitucionalismo contemporáneo, tal como señala Nogueira, tiene como fundamento la dignidad de la persona humana y el respeto y promoción de los derechos fundamentales, constituyendo el Estado, en cuanto potestad pública, un instrumento al servicio de las

---

Se trata de una polémica de gran atractivo doctrinario, pero respecto de la cual la prudencia me aconseja no anticipar opinión. Entrevista completa disponible en [[http://www.diarioconstitucional.cl/articulo-det.php?id\\_articulo=3662&id\\_cat=20](http://www.diarioconstitucional.cl/articulo-det.php?id_articulo=3662&id_cat=20)] Consultado el 10 de Noviembre de 2012.

<sup>60</sup> Esta concepción no es compartida por la generalidad de la doctrina. Sin embargo, razonan de esta forma por ejemplo NELSON SAGÜES, al señalar que esta obligación competiría al Tribunal Constitucional principalmente por razones derivadas del principio de analogía y del argumento “*a fortiori*”, los cuales lo llevan a concluir que obliga también a los jueces del Tribunal Constitucional nacional en las causas sometidas a su decisión en SAGÜES, Néstor Pedro (2010) “*Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*”. Santiago Estudios Constitucionales, Año 8, Nº 1, 2010, pp. 117-136.

<sup>61</sup> BECERRA RAMIREZ, Manuel. *La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. La perspectiva del derecho internacional*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam. México, p. 298.

personas y del bien común<sup>62</sup>. Así, los derechos humanos se constituyen el faro orientador de la acción del Estado y un límite infranqueable a su actuar. En el caso chileno, ello es aún más evidente, ya que dentro del Capítulo I de bases esenciales de la institucionalidad, el artículo 5° inciso 2° determina que la soberanía, es decir, la potestad estatal en sus diversas manifestaciones, tiene como límite los derechos esenciales de la persona humana<sup>63</sup>.

Existen a nivel doctrinario bastantes opiniones en lo relativo a la jerarquía de los tratados. Sin entrar mayormente en esta discusión, debemos señalar que, si bien los tratados internacionales son, por regla general, equivalentes a las leyes puras y simples, esto ocurre con excepción a los tratados referentes a los derechos humanos. El inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, estatuye que el ejercicio de la soberanía aparece limitado por los derechos esenciales de la persona humana, siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos<sup>64</sup>, aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites, otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana<sup>65</sup>. Es decir, las normas de ese tratado son Constitución, en sentido material e, incluso, también en sentido

---

<sup>62</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2003) *El Constitucionalismo Contemporáneo y los Derechos económicos, sociales y culturales*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Año 1 n° 1. Santiago de Chile: Universidad de Talca, pp. 137-141

<sup>63</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.(2009) *Enfoques sobre interpretación constitucional y jurisdicción constitucional*. En *Temas actuales de Derecho Constitucional*. Asociación Chilena de Derecho Constitucional, pp. 174-175.

<sup>64</sup> CS, Fallos del Mes N° 446, sección criminal, p. 2.066

<sup>65</sup> CS. 29 de diciembre de 2011, Rol 6601-2011, Recurso Casación en el Fondo.

formal<sup>66</sup>. Existe complementación de uno y otro texto, armonía entre ambos que conduce al fortalecimiento y mayor vigencia de los derechos de la persona y sus garantías. A juicio del profesor Cea Egaña, el artículo 5º inciso 2 y la remisión directa que éste hace a los tratados internacionales de derechos humanos es importantísimo desde el punto de vista práctico, pues va adquiriendo cada vez con mayor frecuencia aplicación directa en las sentencias de nuestros tribunales de justicia<sup>67</sup>. En consecuencia, es en cumplimiento de las obligaciones internacionales que asisten al Estado, y por disposición de la propia constitución, que los tratados internacionales y convenciones que versen sobre derechos esenciales de las personas, vigentes y ratificadas por Chile debieran formar parte del test de constitucionalidad. Esto significa, términos prácticos, que los tratados internacionales de derechos humanos están al mismo nivel que la Constitución, conformando el “bloque de constitucionalidad”, lo que debe entenderse de la manera siguiente: La Constitución Nacional más todos los instrumentos de derechos humanos vigentes y ratificados por Chile, se integran y articulan en un sistema normativo conjunto y común, que tiene supremacía sobre todo el ordenamiento infraconstitucional, razón por la cual el juez del Tribunal Constitucional a la hora de resolver sobre la inaplicabilidad o la inconstitucionalidad de un precepto debe armonizar e integrar y complementar la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicando la norma que otorgue más derechos y libertades al justiciable en virtud del principio *pro homine*, pero nunca podrá invocar una norma constitucional para dejar de aplicar una norma convencional internacional, ello en razón de que está vedado por el artículo 27 de la Convención de Viena<sup>68</sup>. Es en esta incorporación y recepción de los tratados y convenciones que realiza el juez constitucional; en el ejercicio de ponderación y

---

<sup>66</sup> CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo I. Pág. 218. Año 2008. Razona de la misma manera el profesor Humberto Nogueira en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2012) P. 192. y en “*Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*” en Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, número 2 y 3 (1996).

<sup>67</sup> CEA EGAÑA, José Luis (2008) P. 207.

<sup>68</sup> GONZALEZ VILA, Diego. *¿El control de convencionalidad altera el marco de la supremacía constitucional?*. Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados “DEMOCRACIA Y DERECHOS”, Argentina. Disponible en [<http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derecho-constitucional-diego-gonzalez-vila.pdf>] Consultado el 27 de octubre de 2012.

armonización entre las normas de derecho internacional de derechos humanos y las normas Constitucionales y la concluyente preferencia por aquella normativa que mejor tutele a los derechos humanos que se está igualmente realizando un control de convencionalidad. Este complementa a la supremacía constitucional, si entendemos que la supremacía es el bloque de constitucionalidad integrado no solo por la Constitución Política de la República si no también por los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional que han sido ratificados por nuestro país, que tienen por objeto la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona humana a fin de resguardar su dignidad como seres humanos. En esta tarea el juez constitucional debiera efectuar el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad simultánea y armónicamente, considerando tanto a la Constitución como la Convención como instrumentos complementarios que se enriquecen y realzan. Por tanto, el control de convencionalidad implica, en primer término, tratar de armonizar la norma nacional con la convencional; lo cual significa realizar una interpretación conforme de la norma nacional con la Convención, sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas interpretaciones contrarias o incompatibles al parámetro convencional; por lo que, en realidad, se realiza un control de la interpretación que no cubra dicho parámetro. Este ejercicio de compatibilidad lo puede realizar cualquier juez dentro de sus respectivas competencias, quedando reservada la inaplicación o invalidación de la norma por inconvencional, exclusivamente a los jueces que dentro del sistema nacional tengan competencia para ello.

A nivel nacional, la tratativa que se le ha dado a esta temática dista muchísimo de lo que efectivamente se desearía. Más allá de las consideraciones teóricas que hemos planteado al respecto, cuando nuestro Tribunal Constitucional ha invocado, al momento de dictar sus resoluciones, normas contenidas en Convenciones Internacionales que versan sobre derechos humanos lo ha hecho a partir de la aplicación del Artículo 5 inciso segundo de la carta Fundamental<sup>69</sup>, y no ha señalado en sentencia alguna que efectúa efectivamente un control de convencionalidad definido como tal. A propósito, el tribunal se ha

---

<sup>69</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol n 1340- 2009, en Tribunal Constitucional de Chile (2012) *“Jurisprudencia Constitucional”*. tomo XV, p. 554. Santiago y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2012) Rol N° 1.145- 2008.

pronunciado en casos ejemplificadores en los siguientes términos: “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 5 de la Carta Fundamental. [...] Asimismo, 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<sup>70</sup>”.

Si bien dicha consideración no nos complace de acuerdo al sistema que hemos expuesto como idóneo en apartados anteriores, razonando en forma práctica, esto es, preocupándonos por la efectiva protección de los derechos esenciales de las personas, este criterio utilizado por Tribunal Constitucional cumple con la finalidad perseguida por el control que es objeto de nuestro estudio, esto es, el brindar efectiva tutela a los derechos fundamentales de las personas. No obstante, debemos señalar que la invocación de esta norma por parte del tribunal constitucional es aún escasa. Esto constituye -por cierto- uno de los principales desafíos que enfrenta la institución en comentario<sup>71</sup>. Sin embargo, en el mismo fallo anteriormente expuesto, la opinión disidente de los ministros Colombo Campbell, Navarro Beltrán y Carmona Santander se mostró favorable a la postura<sup>72</sup> –que compartimos- de entender que las normas contenidas en instrumentos internacionales sobre derechos humanos son aplicables tanto por los tribunales ordinarios y como por el tribunal Constitucional, y que este último no tiene el monopolio de la promoción y protección de los derechos humanos, así como debe ser posible la armonización entre la ley y el tratado, sin

---

<sup>70</sup> TC. Rol 1340-2009, considerando noveno.

<sup>71</sup> NOGUEIRA ALCALÁ (2012) p. 242.

<sup>72</sup> TC (2012), Rol n° 1340- 2009, voto en contra de los ministros Vodanovic y Correa Sutil, Tomo XIII, p. 1130.

que medie la Constitución<sup>73</sup>, y que el juez requirente, y todos los jueces ordinarios están habilitados para realizar esta tarea.

Como consecuencia de la competencia que tiene el Tribunal Constitucional para efectuar el control de convencionalidad, la discusión doctrinaria -erróneamente a nuestro juicio- ha girado sobre la idoneidad de la implementación de un sistema de control difuso<sup>74</sup>, estimando algunos autores que sería necesario cambiar el paradigma que haría recaer esta función exclusivamente en un órgano del estado, a saber el Tribunal Constitucional. Esta última cuestión se ampara en que el juez ordinario, al efectuar el control de convencionalidad en la resolución de una gestión pendiente y verificar que una norma interna es contrapuesta a los tratados de derechos humanos tiene la obligación de dar preferencia en su aplicación a la norma internacional por sobre la norma interna, por lo que en definitiva estaría inaplicando una disposición legal, esta última facultad privativa del Tribunal Constitucional<sup>75</sup>. Sostenemos que el control de convencionalidad no constituye una inaplicabilidad encubierta, ni una puerta de entrada al control difuso de constitucionalidad que podría ser ejercido por todos los tribunales de justicia, sino que al ser realizado por el juez este adopta y prefiere aquella norma que mejor tutela los derechos fundamentales, y no realiza la actividad de inaplicar o invalidar una norma interna, ya que

---

<sup>73</sup> TC. Rol n° 1340- 2009. Señalan los jueces disidentes: “Que, por otra parte cabe considerar que el deber de respeto y promoción a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que estén establecidos en tratados internacionales ratificados por nuestro país y vigentes es un mandato para los “órganos del Estado”. Pero dicho mandato lo deben cumplir desde sus propias atribuciones. El Artículo 5, inciso segundo, de la Constitución Política, no es una habilitación de potestades para que cualquier órgano del Estado, bajo el pretexto de invocar su obligación de respeto y promoción, exceda o invada la competencia de otros órganos del Estado. Por lo demás, este mandato no es solo para el tribunal constitucional. Éste no tiene el monopolio de la promoción y respeto de los derechos esenciales consagrados en los tratados internacionales. En tal sentido, los jueces encargados de resolver la gestión pendiente tienen más que una orientación para buscar una salida al conflicto interpretativo que nos ocupa y que concilie los textos legales con los preceptos internacionales. En el presente caso, a juicio de estos disidentes, puede perfectamente armonizarse la ley y los tratados, sin poner entre medio la Constitución.”

<sup>74</sup> SILVA, Luis A. *Objeciones al control de convencionalidad: Una reflexión sobre la sentencia Atala*. 28 de Marzo de 2012. Disponible en [<http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=149>] Consultado el 20 de Septiembre de 2012. Razona de manera similar HENRIQUEZ, Miriam. *Control de convencionalidad en el Sistema Interamericano: Más dudas que certezas*. 19 de Mayo de 2012. Disponible en [<http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=166>]. Consultado el 27 de Agosto de 2012.

<sup>75</sup> BILICIC, Tomislav y VALENZUELA, Williams (2012).

nuestro sistema constitucional reserva estas competencias al tribunal constitucional. El problema, a nuestro juicio, es que se confunde el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad. Hablar de control difuso o concentrado de convencionalidad es un error, ya que son términos y métodos utilizados para el control de constitucionalidad. En este último se produce (a grandes rasgos) una comparación o contrastación entre la Constitución y la ley, declarando inaplicable o inválida la norma que no se ajuste a la Carta Fundamental según corresponda. En el control de convencionalidad la operación de contrastación se realiza entre la Convención Interamericana de Derechos Humanos, los tratados de derechos humanos vigentes y la Constitución y las leyes, dando preferencia a la que mejor tutele las garantías fundamentales de las personas en el caso particular en virtud de un ejercicio hermenéutico, y normalmente lo que ocurre es que son la Convención y los tratados de derechos humanos los que establecen estándares de protección más exigentes que la legislación nacional. A mayor abundamiento, es la misma Convención Interamericana la que declara ser respetuosa de los procedimientos internos para llevar a cabo sus prerrogativas. La sentencia dictada en el caso *“Atala Rifo y niñas vs. Chile”* recientemente estableció : “La Corte recuerda que el artículo 2 de la Convención obliga a los Estados Parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidas por la Convención. Es decir, los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.” En definitiva, si bien el control de convencionalidad es ex officio y debe ser efectuado directamente por los tribunales nacionales y los órganos del Estado, ello es sin perjuicio, como señala la sentencia, de los procedimientos constitucionales internos, toda vez que los jueces nacionales se encuentran sometidos al imperio de la ley , por tanto no realizan un control de constitucionalidad, ni invalidan o inaplican normas, ya que esta es función privativa del tribunal constitucional, por tanto, no implica que los países que han aceptado la jurisdicción de la Corte deban “adaptar” sus sistemas de control constitucional a uno de tipo “difuso”, sino que apliquen ese tipo de control de convencionalidad a cualquiera de los

sistemas existentes (concentrado, difuso o mixto). Lo que implica dicho “control” es la obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. La Corte IDH no puede, ni ha pretendido, convertirse en un órgano que “defina” o “imponga” los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico<sup>76</sup>.

Como argumento último, señalamos que es deber del Tribunal Constitucional, como intérprete último de la constitución y órgano autónomo del Estado, el incorporar por vía convencional a los tratados internacionales pues la Constitución no establece sino que reconoce derechos preexistentes, preconstitucionales<sup>77</sup>, y la enumeración contemplada en el Artículo 19 no reviste carácter taxativo<sup>78</sup>, por tanto es menester la incorporación por vía convencional de aquellos derechos que no estén comprendidos en ella. Por ello, lo lógico es que el individuo goce de una protección integral y en ese sentido el Estado, como entidad creada para representar y salvaguardar la integridad de sus integrantes, sus derechos y libertades, debe, en este sentido, establecer el estándar más alto de protección, ya sea, fijándolo él mismo o, si no lo tiene, igualando aquél más elevado<sup>79</sup>, en este caso, a la luz del derecho internacional de derechos humanos.

---

<sup>76</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2012). P. 535.

<sup>77</sup> AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. *La internalización del Derecho Constitucional*. Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, Año 2007. P. 230.

<sup>78</sup> SILVA BASCUÑAN, Alejandro, “*Tratado de Derecho Constitucional, De los derechos y deberes Constitucionales*”, tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 27.

<sup>79</sup> AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo (2012). P. 232.

### **3. CONCLUSIONES.**

1. El Control de Convencionalidad es una manifestación de la obligación que asiste a los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos de respetar y promover los derechos fundamentales de las personas. Dicho control tiene su origen en la misma Convención -específicamente en los artículos 1.1, 2, 27 y 28- por lo que el término utilizado por la Corte Interamericana para referirse a él -por primera vez en 2006- es sólo una nueva denominación y no constituye una obligación nueva para los Estados Parte del Sistema Interamericano.

2. De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia analizada, determinamos que el ejercicio de este control corresponde a todos los órganos del Estado, inclusive órganos no jurisdiccionales y aquellos que, ejerciendo jurisdicción, por distintas particularidades no pertenecen al poder judicial, por ejemplo el Tribunal Constitucional. A su vez, la CIDH no ejerce aquel, pues el test de Convencionalidad es un control normativo que efectúan los órganos internos de los Estados y, al ser el derecho interno de los Estados un hecho para dicha Corte, el carácter normativo, esencial a la institución en estudio, no se verifica en la actividad aquel tribunal internacional.

3. En cuanto al parámetro que deben tener en cuenta los órganos del Estado en el cumplimiento de este deber, aquel no solo está compuesto por la Convención Americana sino por todas las convenciones que versen sobre derechos humanos y que hayan sido ratificadas por Chile, además de la jurisprudencia de la Corte. No obstante lo anterior, es imperativo mencionar al Caso Molco, en que la Corte Suprema Chilena resuelve determinando la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, basado en una norma del derecho consuetudinario internacional.

4. En el ejercicio de este control, según dispone la Corte, los Estados deben ser respetuosos de los procedimientos internos. Por lo tanto, su realización por tribunales ordinarios de la República no debe confundirse con funciones que -en nuestro derecho- son de exclusiva competencia del Tribunal Constitucional, como la declaración de inaplicabilidad por

inconstitucionalidad de la leyes o, derechamente, la derogación de éstas por inconstitucionalidad.

**5.** Podemos conceptualizar el control de convencionalidad de la siguiente forma: “Control normativo que debe ser ejercido en el ámbito interno por todo órgano estatal, ejerza o no jurisdicción, en virtud del cual aquellos, en el ejercicio de sus atribuciones, contrastan las normas y principios que constituyen el llamado “corpus iuris convencional de derechos humanos” con las disposiciones de derecho interno, procurando en su ejercicio aplicar aquella norma que mejor proteja los derechos fundamentales de las personas.”

**6.** Como consecuencia de lo anterior, esta institución no descansa sobre el tradicional criterio de jerarquía, debiendo aplicarse aquella norma que mejor tutele los derechos fundamentales, sea que esta tenga su origen en el derecho interno o en el derecho internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo: “*El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público*”, en Revista Ius et Praxis, vol. 12, núm. 1 (2006).
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *La internalización del Derecho Constitucional*. Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, Año 2007.
- ALDUNATE, Eduardo (2010) “*La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho positivo*”. Revista Ius et Praxis, Año 16, N°2 2010.
- Asociación Chilena de Derecho Constitucional. *Derechos Fundamentales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Año 2012.
- BECERRA RAMIREZ, Manuel. *La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. La perspectiva del derecho internacional*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Unam. México. (2012).
- CANCADO TRINDADE, Antonio. “*El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. (2006).
- CEA EGAÑA, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo I (2008).
- DE VERGOTINNI, Giuseppe. *El dialogo entre tribunales. UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28. (2011).
- HITTERS, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y Control de convencionalidad*. Comparación, Estudios Constitucionales, Año 7 n°2, 2009, pp. 109-128. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. (2009)
- HITTERS, Juan Carlos. *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*, La Ley 2008-E. (2008)

- MEDINA, Cecilia; NASH, Claudio *“Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección”*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (2007)
- NASH ROJAS, Claudio. *“La concepción sobre derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias Jurisprudenciales”*. México: Editorial Fontamara. (2010)
- NASH ROJAS, Claudio. *“Control de convencionalidad: precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*. (2011).
- NOGUEIRA, Humberto. *El Diálogo Transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las Cortes Interamericanas de Derechos Humanos (coordinador) “El control de convencionalidad y el rol de juez nacional como juez de derechos humanos”*. Editorial Librotecnia. (2012)
- NOGUEIRA, Humberto. *“Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”* en Revista Chilena de Derecho, Vol. 23, núm. 2 y 3 (1996).
- NOGUEIRA, Humberto. *“La concepción de Constitución. El bloque de Constitucionalidad de Derechos fundamentales y el control de convencionalidad en la práctica del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Chile”*. En *“Derechos fundamentales: Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda”*. Santiago. Jurídica de Chile. (2012)
- NOGUEIRA, Humberto, *“los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano”*, en Revista de Derecho, Universidad Católica, Montevideo, N° 02. (2007).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Enfoques sobre interpretación constitucional y jurisdicción constitucional*. En *Temas actuales de Derecho Constitucional*. Asociación Chilena de Derecho Constitucional. (2009).
- NOWAK, Manfred, *Introducción al régimen internacional de los derechos humanos*, I edición, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro *El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales*, La Ley, 2009-b (2011)
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010) *“Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad”*. Santiago Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010.

- SEPÚLVEDA, César “*El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*”. México: FCE-UNAM. (1995).
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro: “*Tratado de Derecho Constitucional, tomo XI, De los derechos y deberes constitucionales*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2006).
- VIVANCO, Ángela (2002) “*Curso de Derecho Constitucional. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional.*” (t.1). Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

## **PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS**

- BILICIC, Tomislav; VALENZUELA, Williams (2012). “*Control de Convencionalidad interno o difuso: Bases para una teoría adecuada desde la Constitución Chilena.*” Santiago. Diario Constitucional. [Disponible en <http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=190>]. Consultado el 27 de Agosto de 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011) “*Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano.*” Santiago: Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, 2011, pp. 531 - 622. ISSN 0718-0195, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. [Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>] Consultado el 28 de octubre de 2012.
- GONZALEZ VILA, Diego. *¿El control de convencionalidad altera el marco de la supremacía constitucional?*. Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados “DEMOCRACIA Y DERECHOS”, Argentina. [Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derecho-constitucional-diego-gonzalez-vila.pdf>] Consultado el 27 de octubre de 2012.
- HENRIQUEZ, Miriam. “*Control de convencionalidad en el Sistema Interamericano: Más dudas que certezas*”. 19 de Mayo de 2012. [Disponible en <http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=166>]. Consultado el 27 de Agosto de 2012.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “*Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: La sentencia Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional*”. [Disponible en [http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n\\_2\\_5\\_2007/20\\_Los\\_derechos.pdf](http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/5n_2_5_2007/20_Los_derechos.pdf)]. Revisado el 28 de Noviembre de 2012.
- SILVA, Luis A. “*Objeciones al control de convencionalidad: Una reflexión sobre la sentencia Atala*”. 28 de Marzo de 2012. Disponible en [<http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=149>] Consultado el 20 de Septiembre de 2012.
- SOTO, Victor. *La ratio decidendi y la opinión consultiva en los fallos de Corte IDH como factor vinculante a los Estados parte de la CADH*. 11 de Octubre de 2012. Disponible en [<http://www.diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=206>] Consultado el 20 de Octubre de 2012.
- Entrevista Juez del Tribunal Constitucional Domingo Hernández Emparanza. Disponible en [[http://www.diarioconstitucional.cl/articulo-det.php?id\\_articulo=3662&id\\_cat=20](http://www.diarioconstitucional.cl/articulo-det.php?id_articulo=3662&id_cat=20)] Consultado el 10 de Noviembre de 2012.

## **JURISPRUDENCIA**

- Corte IDH, 24 de febrero de 2011, Serie C N° 221 “*Gelman vs. Uruguay*”,
- Corte IDH, Caso “*La Última Tentación de Cristo*” [Olmedo Bustos y otros] Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73.
- Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.
- Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101.
- Corte IDH, Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 133.
- Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 13.

- Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No. 158.
- Corte IDH, Caso Boyce y otros Vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169.
- Corte IDH, Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C No. 126.
- Corte IDH. Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas.) Serie C N° 239.
- Corte IDH, “Contreras y otros vs El Salvador”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No 232
- Corte IDH, Opinión Consultiva 16/99, párrafo 115. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.
- Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago.
- Corte IDH, Caso Gómez-Palomino vs. Perú.
- Corte IDH, Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago.
- Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 7766 – 2009 Caso “Patricia Vásquez con Fonasa”, 24 de Noviembre de 2009.
- Corte de Apelaciones de Temuco Rol 1705-2009 Caso “Mariano Puelman Nanco y otros contra COREMA de la Araucanía”.
- Corte de Apelaciones de Temuco Rol 545-2010 Caso “Alumnos de la Escuela Blanco Lepín con Policía de Investigaciones”.
- Corte de Apelaciones de Temuco. 10 de julio de 2012, Protección 461-2012. Caso “Ignacio Cañumir Dumihuala con Ilustre Municipalidad de Lonquimay”.
- Corte Suprema. Rol N° 559- 2004. 13 de septiembre de 2006.
- Corte Suprema, Fallos del Mes N° 446, sección criminal, p. 2.066

- Corte Suprema. 29 de diciembre de 2011, Rol 6601-2011, Recurso Casación en el Fondo.
- Tribunal Constitucional Rol n° 1340- 2009.
- Tribunal Constitucional Rol n° 1.145- 2008.
- Tribunal Constitucional Rol n° 1.361- 2009.
- Tribunal Constitucional Rol n° 740-2007.