

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL JUEZ INTERNO EN CAUSAS  
DE DERECHOS HUMANOS  
ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Carlos Aldana Fuentes

Tesis para optar al Grado  
de Magíster en Derecho

Concepción

2013



Esta tesis ha sido elaborada con la dirección  
de la Profesora Dra.Ximena Guaché Marchetti

## Contenido

Tabla de abreviaturas.....	4
INTRODUCCIÓN .....	5
CAPITULO 1. LOS DERECHOS HUMANOS ESENCIALES.....	8
1.1. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS. Breve historia. ....	8
1.2. CUÁLES SON LOS DERECHOS HUMANOS ESENCIALES QUE RECONOCE NUESTRO SISTEMA NORMATIVO.....	14
1.3. RECEPCION DEL DIDH POR EL ART. 5º INC. 2º DE LA C. POL. DE 1980.....	17
1.4. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. ....	21
1.5. JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS. ....	29
CAPÍTULO 2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	42
2.1. CONCEPTO.....	42
2.2. ORIGEN Y DESARROLLO.....	45
2.3. QUIÉNES DEBEN EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	47
2.4. OBLIGATORIEDAD. ....	51
2.5. CONTENIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ....	54
2.6. EFECTOS. ....	56
2.7. CRÍTICAS AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	57
2.8. DIFERENCIAS ENTRE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	63
2.9. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN RELACION CON EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	65
2.10 RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS.....	69
CAPÍTULO 3. ANÁLISIS DE LAS CONDENAS DICTADAS CONTRA CHILE POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ....	73
3.1. CASO ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE. ....	73
3.2 CASO KAREN ATALA Y NIÑAS VS. CHILE.....	82
3.3. CASO “LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO“(OLMEDO BUSTOS Y OTROS) VS. CHILE. ....	87
CAPITULO 4. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD REALIZADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ALGUNOS CASOS RELEVANTES. ....	90
CAPÍTULO 5. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD REALIZADO POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA NACIONAL. Algunos casos relevantes.....	111

5.1. RECURSO DE QUEJA.....	111
5.2 RECURSOS DE AMPARO.....	112
5.3. RECURSOS DE PROTECCION.....	114
5.4. CASACIÓN EN EL FONDO EN MATERIA PENAL. ....	119
5.4.1. APLICACIÓN DEL DL 2.191 DE AMNISTIA .....	120
5.4.2. EFECTOS DEL SECUESTRO O DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.....	128
5.4.3. DL 5 DE 1973 “ESTADO O TIEMPO DE GUERRA” .....	134
5.4.4. DELITOS DE LESA HUMANIDAD. ....	138
5.4.5. APLICACIÓN DE LA MEDIA PRESCRIPCIÓN.....	142
5.4.6. CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH POR EL JUEZ INTERNO.....	150
5.5. CASACIÓN EN EL FONDO EN MATERIA CIVIL.....	152
CONCLUSIONES .....	170
BIBLIOGRAFÍA.....	174
1.- Autores.....	174
2.-Sentencias .....	178



## TABLA DE ABREVIATURAS

Art., arts.	: artículo, artículos
Convención ADH	: Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
cons.	: considerando
C. Pol.	: Constitución Política
D.	: Decreto
DIDH	: Derecho Internacional de Derechos Humanos
DFL.	: Decreto con Fuerza de Ley
DL.	: Decreto Ley
DS.	: Decreto Supremo
D.O.	: Diario Oficial
Edic.	: Edición
Edit.	: Editorial
Excma.	: Excelentísima
Íbid.	: Ibídem
Inc. Incs.	: inciso, incisos
Ob. Cit.	: obra citada
p., pp.	: página, páginas
Rev.	: Revista
Secc.	: sección
Sent.	: Sentencia
SCA	: Sentencia Corte de Apelaciones
SCS	: Sentencia Corte Suprema
STC	: Sentencia Tribunal Constitucional
Univ.	: Universidad
Vol.	: volumen

## INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad nació de la jurisprudencia de la CIDH como la herramienta que tienen los órganos del Estado parte de la Convención ADH para que, dentro de sus competencias, apliquen el estándar fijado por los tratados internacionales suscritos por Chile –en especial la Convención ADH- y que se encuentren vigentes, los principios del DIDH (uis cogens) y la jurisprudencia de la propia CIDH cuando les corresponde conocer y resolver materias o casos sobre derechos humanos esenciales y que se protegen mejor que lo asegurado por el cuerpo normativo interno. En caso de omisión o incumplimiento, corresponde subsidiariamente a la CIDH hacer efectivo el referido control de convencionalidad, adoptando las medidas y aplicando las sanciones correspondientes.

Chile, como Estado parte de esta comunidad internacional, al aceptar los referidos tratados y la competencia de la CIDH, está obligado, jurídica y moralmente a cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía de todos los derechos esenciales de la persona humana, garantizando su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna; como asimismo, al aceptar la competencia de los organismos controladores de estos compromisos, como el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y especialmente la CIDH, deben acatar y hacer cumplir lo resuelto por estos organismos.

Esta tesis pretende determinar en qué consiste esta obligación de control que corresponde a los órganos del Estado, en especial, como lo hecho el Tribunal Constitucional y los tribunales de justicia del Poder Judicial y en aquellos casos que se ha incumplido, la forma en que la CIDH ha sancionado al Estado.

Para una adecuada comprensión del tema se ha estimado conveniente para fijar su contexto, estudiar cuáles son los derechos humanos esenciales o fundamentales que tienen este tratamiento especial, lo que hará en el Capítulo 1, exponiendo las nociones generales sobre los derechos humanos extraídas de fuentes doctrinarias, preferentemente nacionales. Luego se expondrá la forma de incorporación del DIDH a nuestro sistema normativo, en especial, lo dispuesto en el artículo 5 de la C. Pol. de 1980 y el denominado “bloque de constitucionalidad”.

En el Capítulo 2 se verá el control de convencionalidad, su concepto, origen y desarrollo, quienes deben realizarlo, su obligatoriedad, contenido, alcance y efectos, como asimismo las críticas a su aplicación, la diferencia entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad y el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CIDH.

En el Capítulo 3 se dará una mirada acerca de la responsabilidad del Estado de Chile por violación de derechos humanos, efectuando un análisis de aquellos casos en que ha sido condenado por la CIDH, especialmente en aquellas causas en que se ha aplicado en control de convencionalidad.

En el Capítulo 4, se hace una revisión de algunos casos relevantes conocidos por el Tribunal Constitucional y como éste reconoce a los tratados internacionales y el DIDH, aplicando el control de convencionalidad.

Finalmente, en el Capítulo 5, se revisará alguna jurisprudencia relevante de los tribunales internos en la aplicación del control de convencionalidad respecto de la amnistía, secuestro o desaparición forzada de personas, delitos de lesa humanidad, prescripción y reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Como conclusión, se desarrollará la idea principal de esta tesis, en el sentido que el juez interno está obligado a realizar un control de

convencionalidad, de acuerdo a sus facultades, verificando que más allá de la praxis judicial enmarcada en formatos rígidos de la ley interna, ha concretado utopías de poner en el centro de la justicia a la persona humana, como sujeto de derechos y que el Estado está obligado a respetar, bajo apercibimiento de sanción nacional e internacional.

Desde el punto de vista metodológico, en el desarrollo de esta tesis, se han utilizado mayoritariamente fuentes secundarias a partir del método cualitativo de investigación.

En relación a las fuentes, se consultaron los tratados internacionales y textos legales sobre derechos humanos esenciales vigentes en Chile; doctrina atinente a las materias indicadas y de manera principal, se analizó la jurisprudencia esencial respecto de algunos casos conocidos por la CIDH, la Excm. Corte Suprema de Justicia de Chile, diversas Cortes de Apelaciones del país y del Tribunal Constitucional de Chile. Se consideraron también como fuentes, los antecedentes recopilados en seminarios nacionales e internacionales sobre derechos humanos esenciales.



## CAPITULO 1. LOS DERECHOS HUMANOS ESENCIALES.

### 1.1. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS. Breve historia.

Los derechos humanos han sido preocupación de la sociedad desde tiempos antiguos<sup>1</sup>; sus primeros registros se encuentran en el Código de Hammurabi hacia el año 1.769 A. de C., con la instauración de la llamada "ley del talión", conocida como la máxima de "ojo por ojo, diente por diente", constituyéndose en la primera aproximación hacia la proporcionalidad de la pena, que era más benigna que el sistema imperante en esa época, que entregaba al agresor a los familiares de la víctima o a la tribu a que éste pertenecía, para que dispusieran de él y de sus bienes. Más adelante en el tiempo, la preocupación por el resguardo de estos derechos se manifiesta en forma más estructurada con las ideas liberales de 1776, con la "Declaración de Independencia" de las trece colonias de los Estados Unidos de Norteamérica, proclamando los derechos a la vida y la libertad. Luego viene la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" en Francia, representado en los famosos principios de libertad e igualdad, cuya "Constitución" estableció como ideas centrales, aquéllas de que ningún ser humano tiene un derecho divino para dirigir Francia, que la soberanía reside en la nación y que la ley es la expresión de la voluntad general.

Como en tiempos de crisis o guerras, que cada cierto tiempo afectan a la sociedad, los derechos humanos resultan siempre afectados y después de cada conflicto surge la necesidad de reglamentar su protección y la sanción a los culpables, a fin de que, aparte de reparar los perjuicios,

---

<sup>1</sup> Sobre la historia de los derechos humanos, ver Hecker Padilla, Carlos: "Evolución histórico-jurídica de los derechos humanos". En Rev. Actualidad Jurídica, N° 23, enero 2011, Univ. del Desarrollo, Concepción, Chile, pp 395-421.

sirva como ejemplo de no volver a cometer tan graves delitos. Por esta razón, terminada la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, con fecha 10 de diciembre de 1948, adopta la "Declaración Universal de los Derechos Humanos"<sup>2</sup>, obligando, aunque teóricamente, a su respeto a los Estados que la ratifican, incorporando derechos políticos universales de igualdad, libertad, justicia, así como también sociales, económicos y culturales para todas las personas. Le sigue la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la creación de la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros tratados, convenciones y declaraciones internacionales específicas.

En nuestra región, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha tenido una evolución progresiva, comenzando con la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", adoptada en el año 1948<sup>3</sup>; la creación en 1959 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de una Resolución de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, que diez años después daría origen a la Convención ADH en 1969 o "Pacto de San José de Costa Rica"<sup>4</sup>, constituyéndose en el cuerpo normativo regional más importante en materia de derechos humanos, especialmente porque creó los órganos para su promoción y control de cumplimiento, como son la Comisión y la CIDH.

Generalmente se reprocha al concepto de derechos humanos, que se trata de una noción indeterminada, ambigua y difícil de precisar,

---

<sup>2</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Organización de Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

<sup>3</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

<sup>4</sup> Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Fecha de entrada en vigor: 18/07/78; fecha de ratificación: 08/10/1990; Promulgación: D. N°873, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en D.O. de 05/01/1991.

que por su amplitud comprende todos los derechos que dicen relación con la persona. Por ello, el profesor Máximo Pacheco Gómez, con el objeto de ir fijando sus límites, los denomina “derechos fundamentales de la persona humana”, indicando “que con ello se quiere manifestar que toda persona posee derechos por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica o sexual”<sup>5</sup>; agrega, que estos derechos se encuentran estrechamente vinculados con la dignidad humana y su desarrollo, esto es, a ser reconocido siempre como persona humana. Señala, que tales derechos son imprescriptibles, inalienables, irrenunciables, inviolables, universales efectivos, interdependientes y complementarios.

Por su parte, el profesor Humberto Nogueira Alcalá, sostiene que “los derechos fundamentales en una conceptualización afín con nuestra Carta Fundamental, pueden ser conceptualizados como el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos –considerados tanto en su aspecto individual como comunitario–, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de éstos”<sup>6</sup>.

El tratadista argentino Carlos Santiago Nino, expresaba que “siendo la propiedad de ser individuos humanos la circunstancia

---

<sup>5</sup> Pacheco Gómez, Máximo: “Los derechos humanos”. Edit. Jurídica de Chile, T. I. 3ª edic. actualizada, Santiago, 1999, p. 15.

<sup>6</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: “Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia rol 786-2007 del Tribunal Constitucional”. En Rev. Estudios Constitucionales, año 5, N° 2, Santiago de Chile, 2007, pp. 457-466.

antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en distintos grados)<sup>7</sup>.

El profesor Louis Favoreau señala que los derechos fundamentales consideran "el conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional"<sup>8</sup>.

De lo referido, a nuestro juicio, se puede afirmar que los derechos humanos son aquellas libertades y facultades relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, que le son inherentes por su calidad de tal y que dicen relación con su dignidad, que les corresponde por el simple hecho de su condición humana, sin diferencia alguna de etnia, color, sexo, idioma, religión, orientación sexual, opinión política, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Para el citado profesor Nogueira Alcalá, las características de los derechos esenciales o derechos humanos son: a) Supra y transnacionalidad<sup>9</sup>, b)

---

7 Nino, Carlos, "Introducción al análisis del Derecho", Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 417.

8 Haberle, Peter, El concepto de los derechos fundamentales en "Problemas actuales de los derechos fundamentales", Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, p. 94.

9 "En la medida que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de persona humana, por el solo hecho de ser seres humanos, ellos no dependen de la nacionalidad ni del territorio en que la persona se encuentra. Ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no siendo invocable el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, mecanismos y garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos

inviolabilidad<sup>10</sup>, c) irrenunciabilidad<sup>11</sup>, d) imprescriptibilidad, e) interdependencia<sup>12</sup>, f) irreversibilidad<sup>13</sup>, y g) eficacia erga omnes<sup>14</sup>.

Los derechos humanos esenciales tuvieron un especial reconocimiento en la Declaración de Santiago<sup>15</sup> sobre "Principios Comunes en Materia de Cooperación Judicial", aprobada por la I CUMBRE JUDICIAL

---

de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad. Esta perspectiva está expresamente asumida por la Constitución chilena, en su artículo 5º, inciso 2º: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Esta perspectiva es consistente y armónica con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (P.I.D.C.P.), artículo 2º y la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.), en su artículo 1º, los cuales sostienen que todos y cada uno de los seres humanos son titulares de derechos, con independencia de su raza, color, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición social.

10 de los derechos esenciales indica que todas las personas tienen derecho a que se le respeten sus derechos fundamentales, vale decir, que no pueden ser desconocidos por ninguna persona, grupo, agente u órgano del Estado en ninguna circunstancia

11 significa que ellos son consubstanciales a la dignidad humana, por tanto, ningún ser humano puede hacer abandono de ellos.

12 todos los derechos constituyen un sistema en el que se retroalimentan y limitan recíprocamente.

13 consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado los ha reconocido a través de un tratado internacional, ya que ellos son inherentes a la persona y el texto constitucional y el procedimiento señalado por éste sólo los asegura y garantiza: «el carácter de derecho inherente a la persona no es reversible en cuanto al derecho en sí, quedando implícitamente incluido de manera permanente como derecho constitucional, ya que ni el tratado ni la Constitución los crea. Es inconcebible para la dignidad humana, que «lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental.

14 implica que éstos se aplican y tienen eficacia respecto de todos: personas, grupos, órganos y agentes del Estado.

<sup>15</sup> Suscrita por las Presidentas y los Presidentes y Representantes de las Cortes y Tribunales Supremos de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños y de los países que componen la Unión Europea, reunidos en Santiago, Chile, los días 10 y 11 de enero de 2013.

CELAC-UE, que recogiendo lo declarado por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea y de América Latina y el Caribe en Madrid el 18 de mayo de 2.010, en cuanto a la necesidad de combatir, entre otros, “los delitos más graves del derecho internacional y delitos de lesa humanidad, intensificando la cooperación para asegurar que éstos sean sometidos a la acción de la justicia”, teniendo presente “el compromiso de nuestros Estados con el derecho internacional, en particular, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, en especial, con las garantías, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1.993”, acordaron una serie de medidas y acciones de los poderes y órganos judiciales de los Estados miembros, para la consecución de tales fines.

Esto nos lleva a estimar que los derechos humanos de las personas ya no son sólo un asunto interno de los países individualmente considerados con sus ciudadanos o residentes, sino que, desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Organización de Naciones Unidas, pasan a constituir también un objeto de las relaciones internacionales.

Como el sistema normativo internacional ha sido, generalmente, más avanzado que el sistema de normas internas de los Estados, se ha marcado un rumbo por el cual se ha llegado a exigir a los jueces locales que, al resolver un asunto sometido a su decisión, además de la legislación interna también tengan en consideración y apliquen la legislación internacional, respondiendo así a la confianza que el sistema de resguardo de los derechos humanos les entrega. En efecto, el jurista Antonio Cançado Trindade, ex juez de la CIDH y actualmente juez de la Corte Internacional de Justicia, ha señalado que, “...se encuentra confiada la protección primaria de los derechos humanos (a) los tribunales internos (que) tienen, en contrapartida, que conocer e interpretar las disposiciones

pertinentes de los tratados de derechos humanos. De ahí la reconocida subsidiariedad del proceso legal internacional, la cual encuentra sólido respaldo en la práctica internacional, en la jurisprudencia, en los tratados, así como en la doctrina<sup>16</sup>.

## 1.2. CUÁLES SON LOS DERECHOS HUMANOS ESENCIALES QUE RECONOCE NUESTRO SISTEMA NORMATIVO.

Nuestra C. Pol. de 1980 no tiene una sola denominación para referirse a los derechos humanos, sino que les da diferentes denominaciones a través de su articulado. Ha utilizado el concepto de "derechos" al especificar las Bases de la Institucionalidad, (Art. 1º, inc. 1º)<sup>17</sup>. En el Art. 5º, inc. 2º se refiere a ellos como "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", en el Art. 9, inc. 1º, los denomina derechamente como "derechos humanos" como objeto de protección del terrorismo y de "Derechos y Deberes Constitucionales" al referirse a los atributos que la Constitución reconoce a todas las personas (denominación del Capítulo III).

En el ámbito externo, la Convención ADH se refiere en su Art. 1º, a que los Estados Partes se obligan a respetar los derechos y libertades que reconoce en su Capítulo II a toda persona, especificándolos<sup>18</sup>, sin

---

<sup>16</sup> Cançado Trindade, Antonio: "El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI", Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 274.

<sup>17</sup> Art. 1º, inc. 1º, C. Pol. de Chile de 1980: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

<sup>18</sup> Derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la prohibición de la esclavitud y servidumbre, a la libertad personal, a las garantías judiciales, al principio de legalidad y de retroactividad, a indemnización, a la protección de la honra y de la dignidad, a la libertad de conciencia y de religión, a la libertad de pensamiento y de expresión, a la rectificación o respuesta, a reunión, asociación, protección a la familia, al

discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En todo caso, cualquiera sea la denominación, "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" o "derechos humanos", se refieren a la misma naturaleza, cual es la dignidad humana. Esto, porque el inc. 2º del Art. 5º de la C. Pol. de 1980, cuando se refiere a los derechos consagrados en los tratados como "tales derechos", lo hace en clara alusión a la primera oración del inc. 2º de dicha disposición legal. Esto concuerda también con la nomenclatura que se utiliza en derecho internacional, pues hay varios tratados generales de derechos humanos que utilizan de manera intercambiable las expresiones "derechos humanos" o "derechos esenciales de la persona humana" o "derechos inherentes a la persona humana", significando con ello la idea de que la única condición necesaria para ser titular de estos derechos es la de ser persona humana.

Entonces tenemos que los derechos reconocidos y aceptados por nuestro sistema normativo, son los contenidos en el catálogo del Art. 19 de la C. Pol. de 1980<sup>19</sup>, además de los contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, por reenvío del Art. 5º, inc. 2º, segunda parte. Estos derechos así reconocidos, pasan a formar parte del derecho interno y por consiguiente, no requieren buscar justificación en el derecho internacional, pues integran nuestro derecho positivo y deben ser aplicados directamente por el juez doméstico.

---

nombre, derechos del niño, a la propiedad privada, de circulación y de residencia, derechos políticos, igualdad ante la ley y protección judicial.

<sup>19</sup> Art. 19 de la C. Pol de 1980: "la Constitución asegura a todas las personas.....".



También, integran nuestro sistema, aquellos que se encuentran en el DIDH y que adquieren validez por constituir un límite a la soberanía del país, como lo indica la primera parte del inc. 2º del citado Art. 5º de la Carta Fundamental<sup>20</sup>. Finalmente, puede señalarse que a través del concepto de los *derechos implícitos*<sup>21</sup>, se posibilita el ingreso a la Constitución material de aquellos derechos esenciales no asegurados explícitamente en el texto constitucional y de los consagrados por el derecho internacional en sus diversas fuentes.

De esta forma, tenemos que los derechos humanos esenciales no están señalados específicamente en un catálogo de derechos, sino que son progresivos, pues, como dice el tratadista Germán Bidart Campos, “la fuente interna e internacional se retroalimentan”<sup>22</sup> llegando, de esta manera, al denominado “bloque constitucional de derechos fundamentales” (que se verá más adelante) que preconiza el profesor Nogueira Alcalá, como aquellos “de fuente directamente constitucional, como asimismo, los derechos implícitos y los derechos de fuente internacional, constituyen un único bloque de derechos que se

---

<sup>20</sup> Art. 5, inc. 2º de la C. Pol. de 1980: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

<sup>21</sup> El concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ellos pueden deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. El sistema de derechos humanos pleno tiene carencias normativas e implícitudes que es necesario extraer de los valores y principios, pudiendo faltar normas de reconocimiento. El constitucionalismo democrático chileno y americano así lo reconocen, como la jurisprudencia de los tribunales y jurisdicciones constitucionales los reconocen. (Nogueira, Humberto, “Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad” en [www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad](http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad))

<sup>22</sup> Bidart Campos, Germán: “La interpretación de los derechos humanos”, Edit. Ediar, Buenos Aires, 1994, pp. 30-31.

retroalimenta recíprocamente, en un sentido de progresividad y aplicando el principio favor persona, lo que posibilita que dimensiones o atributos de los derechos considerados inherentes a la persona o derivados de su dignidad humana que se encuentran asegurados por fuente internacional, sin derogar los derechos directamente constitucionales, pueden incorporarse como parte de ellos si aseguran o garantizan ámbitos de tales derechos que no estaban asegurados explícitamente por la norma constitucional<sup>23</sup>, sin desconocer, como lo señala el mismo autor, que el profesor Alejandro Silva Bascuñán concuerda con Cecilia Medina en que si la comunidad internacional, o la nacional, se ponen de acuerdo en que ciertos derechos son 'humanos' o 'esenciales', ellos podrán ser invocados por sus titulares sin necesidad de verse expuestos a probar su naturaleza; ella ya está determinada de antemano y en forma fehaciente.

### 1.3. RECEPCION DEL DIDH POR EL ART. 5º INC. 2º DE LA C. POL. DE 1980.

Por medio de la Ley N°18.825<sup>24</sup> se realizó una importante modificación a la C. Pol. de 1980, por la cual se agregó al único inc. 2º del Art. 5º, que a esa fecha indicaba que "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", el siguiente párrafo: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

---

<sup>23</sup> Íbid.

<sup>24</sup> Ley 18.825 Modifica la C. Pol. de 1980 de la República de Chile. D. O. de 17 de agosto de 1989.

Algunos sostienen que esta modificación no ha significado un avance para el reconocimiento de los derechos humanos esenciales, puesto que el antiguo inc. 2º era suficiente y más amplio, para entender, aunque genéricamente, que se encontraban incorporados al texto constitucional todos los derechos humanos esenciales, incluso los implícitos y aquellos que la interpretación dinámica podía incorporar en el futuro. Es el propio profesor Francisco Cumplido Cereceda, miembro de la comisión negociadora de esa reforma a la Carta Fundamental quien señala que: "la Constitución de 1980 reforzó el carácter de los derechos humanos en el sistema constitucional chileno. En efecto, el inc. 2º del Art. 5º, establece, nada menos, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Coloca, pues, sobre la soberanía, a tales derechos. Por su parte, el Art. 1º prescribe que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, afirmación contenida en varias Convenciones sobre derechos humanos. Agrega que el Estado está al servicio de la persona humana. En la historia fidedigna de esta disposición constitucional quedó expresa constancia que la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana (Actas de la Comisión de la Nueva Constitución, sesión 203)"<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Cumplido Cereceda, Francisco: "La reforma constitucional de 1989 al inc. 2º del Art. 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia". En Rev. de Derecho "Ius et Praxis", Vol. 9 Nº 1, Univ. de Talca, Chile, 2003, p. 369.

La abogada Cecilia Medina Quiroga, en cambio, estima como beneficiosa dicha modificación al señalar que: "al contrario de lo que sucede en la doctrina, sin embargo, al adoptar y ratificar diversos tratados internacionales la comunidad jurídica ha sido capaz de ponerse de acuerdo en utilizar la expresión derechos humanos en el sentido de "derechos inherentes o de la esencia de la persona humana" y, segundo, en decidir qué derechos humanos ella reconoce como tales. En cuanto a lo primero, hay varios tratados generales de derechos humanos que expresan claramente la idea de que la única condición necesaria para ser titular de estos derechos es la de ser persona humana, al usar de manera intercambiable las expresiones "derechos humanos" y "derechos esenciales de la persona humana". Es así como el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo hace al justificar su catálogo de derechos humanos diciendo que obedece a su propósito de "consolidar en este Continente... un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre" y reconociendo que ellos "no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana"<sup>26</sup>.

El profesor Emilio Pfeffer Urquiaga ha sostenido que si la C. Pol. establece que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, en cuanto se hallan éstos reconocidos en algunas de las dos fuentes formales a que tal precepto alude (norma constitucional o tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes), deberá convenirse que ellos incluso importan un límite al poder

---

<sup>26</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Preámbulo, Párrafo II. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978.

constituyente y no podrán ser desconocidos, más cuando se le impone por aquel precepto un deber explícito a todo órgano del Estado, de respeto y promoción de los mismos. También ha estimado que “las normas de los tratados para su aplicación directa por los órganos internos de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina como «selfexecuting» y «non selfexecuting», por lo que sólo en el evento de que la norma sea autoejecutable el órgano estatal llamado a cumplirla estará imperado por ella, de lo contrario sólo se impone una obligación de hacer: adoptar las medidas concretas para ejecutar el programa o política que el Estado acuerde seguir al adherirse al tratado”<sup>27</sup>.

En todo caso, a nuestro juicio, la reforma constitucional de 1989 trajo consigo la inmediata aplicación del orden internacional, en cuanto receptor de derechos esenciales, por los órganos estatales. Aun más, a éstos ha podido reclamárseles el cumplimiento del deber que por aquélla se les impuso de respetar y promover tales derechos. De ese modo, por una circunstancia sobreviniente, cual era la vuelta a la democracia, que quiso reforzarse, explícitamente en el texto constitucional, la concepción que ya recogía el constituyente de 1980 de que los derechos esenciales asegurados en tratados internacionales, o en el texto mismo del Código Político o en cualquier otra fuente formal, constituyen un límite objetivo, de derecho positivo interno a la soberanía, incluso al poder constituyente.

La CIDH, en opinión consultiva, ha precisado que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados

---

<sup>27</sup> Pfeffer Urquiaga, Emilio: “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno” En Rev. Ius et Praxis, año 9, n. 1, U. de Talca. Chile 2003, p. 479.

contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”<sup>28</sup>.

La Convención ADH ha impuesto a sus Estados partes la obligación de respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente, consignados en su Art. 1<sup>o</sup><sup>29</sup>. El Estado de Chile, por ser parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que constituye además derecho interno, al estar reconocido por el Estado y encontrarse vigente, debe cumplirlos de buena fe (pacta sunt servanda y bona fide). El Art. 27 de la referida Convención, a su vez, establece el deber de no generar obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales.

#### 1.4. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

Según el profesor Nash, el concepto de “bloque de constitucionalidad” nace del constitucionalismo europeo, en especial del

---

<sup>28</sup> Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, denominada “El Efecto de las Reservas sobre las Entradas en Vigencia de la Convención Americana (art. 74 y 75)”.

<sup>29</sup> Art. 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

derecho administrativo Francés, que usaba la expresión “bloque legal” para designar los principios y reglas por encima de las leyes, con el objeto de incorporar determinados derechos esenciales de la persona humana reconocidos por los principios internacionales de derechos humanos a la Constitución formal, que no las contemplaba expresamente, pero que por vía interpretativa permiten su incorporación material<sup>30</sup>.

El tratadista Humberto Nogueira Alcalá<sup>31</sup> define el “Bloque de Constitucionalidad” como “el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del Derecho Internacional de Derechos Humanos (tanto del derecho convencional como del derecho consuetudinario y los principios del iuscogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del Art. 29 literal c) de la Convención ADH<sup>32</sup>, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía como lo especifica categóricamente el Art. 5° inc. 2° de la C. Pol. vigente”, Agrega que esto ocurre desde que el Estado, al “ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos como también otros tratados sobre derechos humanos, en el ejercicio de su potestad pública (soberanía) ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana, que se expresa en el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales, los cuales se constituyen como un límite al ejercicio del poder estatal”. Ello

---

<sup>30</sup> Nash Rojas, Claudio: “Derecho internacional de los derechos humanos en Chile, recepción y aplicación en el ámbito interno”, Univ. de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2012, Santiago Chile, p. 43.

<sup>31</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: “Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos”, Edit. Librotecnia, Santiago de Chile, pp. 244-245.

<sup>32</sup> Artículo 29 de la Convención ADH “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

significa que la soberanía se encuentra limitada por el respeto de tales derechos.

El profesor Nogueira Alcalá sostiene que el Tribunal Constitucional chileno ha reconocido el bloque de derechos fundamentales al incorporar los atributos de los derechos contenidos en el derecho internacional de los derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad de normas infra-constitucionales y supra-legales en diversos fallos.

Chile recepciona esta concepción del "bloque de constitucionalidad" con la modificación del Art. 5º, inc. 2º de la C. Pol, en cuanto expresa que el "ejercicio la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", permitiendo la incorporación directa de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, donde se encuentra la más avanzada gama de derechos humanos, quedando integrado, por las siguientes fuentes: a) Los que reconoce la carta fundamental (artículo 19 de la C. Pol.); b) Los derechos implícitos, ya conceptualizados precedentemente; c) Los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos (artículo 5º, inciso 2º, parte final del Estatuto fundamental) y el derecho internacional humanitario, conforme al artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Los Tratados<sup>33</sup> d) Los que asegura el derecho internacional a través de los principios del ius cogens, incorporados por el artículo 53 de la Convención

---

<sup>33</sup> Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, (Decreto 381, 22 de junio de 1981) "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" y el artículo 27: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".



de Viena sobre derechos de los tratados, ratificada por Chile y vigente desde 1981<sup>34</sup> y e) Los que asegura el derecho penal consuetudinario.

Por consiguiente, la existencia de un Bloque Constitucional de Derechos implica, entre otras consecuencias, las siguientes:

a) Que nuestra Constitución no reconoce cuerpos normativos, sino derechos esenciales de la persona humana.

b) Las otras fuentes distintas de la Constitución, son integradoras de ésta, para suplir los vacíos o lagunas de la la misma.

c) Tanto la Constitución como las otras fuentes, tienen la misma jerarquía normativa, pudiendo aplicarse cualquiera de ellas, prefiriéndose la que mejor proteja los derechos esenciales.

d) Los derechos esenciales, cualquiera sea la fuente que los resguarda, configuran un límite al ejercicio de la soberanía, como lo indica el artículo 5, inciso 2º, primera parte de la C. Pol.

Respecto del reconocimiento del bloque de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional Chileno, en causa rol 1340-2009<sup>35</sup>, reconoció el

---

<sup>34</sup> Artículo 53: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa del derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

<sup>35</sup> STC en causa rol 1340-2009, de 29 de septiembre de 2009, considerando NOVENO: Que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental. 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 la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 786-2007, de fecha trece de junio de 2007, considerandos 25º a 28º y su consagración en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de

derecho de identidad como garantía constitucional, el cual no está contemplado expresamente en la C. Pol., al permitir que un hijo pudiera demandar de filiación a los herederos de su padre fallecido más allá del plazo de tres años que establece el Art. 206 del Código Civil, declarándolo inaplicable, argumentando que tenía relación con la dignidad humana establecida en el Art. 1º y en concordancia con el Art. 5, inc. 2º de la C. Pol. y al encontrarse reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y

---

todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (Sentencia Rol Nº 834, considerando 22º); DÉCIMO: Que, en esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la identidad personal –en cuanto emanación de la dignidad humana- implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del artículo 7º de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social. La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un status similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer. Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;”.

Políticos y la Convención de Derechos del Niño, lo que significa un claro reconocimiento del Bloque de Constitucionalidad.

Es interesante destacar el voto en contra de los ministros Hernán Vodanovic, Mario Fernández y Marisol Peña en causa rol 1250-2009<sup>36</sup> del mismo Tribunal Constitucional, quienes estuvieron por aceptar el derecho a defensa en la *reformatio in peius*, ante un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inc. primero del Art. 548 del Código de Procedimiento Penal, en causa rol 79.920 del Segundo Juzgado del Crimen de San Miguel, por estimar vulnerado el principio del debido proceso que lesionó el derecho a defensa, de acuerdo al Art. 8, letra h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues, al aplicarse una nueva pena, no tendría derecho al recurso, al igual que en el caso de Aarón Vásquez, el Tribunal Constitucional reconoce, al menos en sede apelación, que si bien la reforma peyorativa no está contemplada expresamente en la C. Pol. ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integra implícitamente el derecho a defensa.

En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema aceptó que los derechos esenciales que se contienen en los tratados limitan el ejercicio de la soberanía, como se observa en la sentencia de 13 de diciembre de 2006<sup>37</sup> que reconoció el derecho al recurso del condenado ante el tribunal superior, derecho que no estando reconocido expresamente en la C. Pol., estimó que resultaba igualmente obligatorio porque se encontraba

---

<sup>36</sup> STC de 14 de mayo de 2009, rol N° 1250-2009.

<sup>37</sup> SCS de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004, cons. 22° 22°.- Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los 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., 30.01.1996).

contemplado en los Arts. 8 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y párrafo 5° del 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, dos instrumentos internacionales que fueron ratificados y que se encuentran vigentes, conforme a lo dispuesto en el Art. 5°, inc. 2° de la C. Pol. de 1980. Esto es, incorpora derechamente el referido derecho a la Constitución.

En el concierto Latinoamericano, su reconocimiento es más decidido y expreso. Así, en el caso de Argentina, su Corte Suprema ha consolidado la integración del bloque constitucional con los derechos asegurados por tratados internacionales, en línea con la jurisprudencia de la CIDH, como ocurrió en el "caso Hooft"<sup>38</sup> y el "caso Simón"; La Corte Constitucional de Colombia en sentencia dictada en causa T-506.704<sup>39</sup>, de 31 de enero de 2002, precisa que "Esta Corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional - bloque de constitucionalidad estricto sensu-, y en relación con otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control - bloque de constitucionalidad lato sensu-", agregando, "la Carta también hacen parte las normas y principios incorporados en el bloque de constitucionalidad, que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la

---

<sup>38</sup> Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, de 16 de noviembre de 2004. Fallos, 327:3294.

<sup>39</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, expediente T-506.704, de 31 de enero de 2002. Punto V: Consideraciones y fundamentos; punto 4: Bloque de constitucionalidad.

Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución, como sucede con ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno por disponerlo así el artículo 93 superior". La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha llegado a declarar inconstitucionales no sólo preceptos legales que se opongan a la Constitución, sino también a aquellos que se opongan a los derechos consagrados en la Convención ADH, como ocurrió en causa expediente 2313-95<sup>40</sup>, sólo por citar algunos pronunciamientos.

En relación con los derechos contenidos en principios imperativos de derecho internacional (*ius cogens*) y el derecho consuetudinario como parte del bloque constitucional de derechos y garantías en Chile, debiendo ser aplicados por los órganos estatales y las jurisdicción interna debe dotarlos de aplicabilidad directa e inmediata, como asimismo, el derecho consuetudinario internacional que asegura y garantiza derechos fundamentales, ya que este precede generalmente al derecho convencional de derechos humanos, como lo ha señalado la Excma. C. S. en varios fallos, pudiendo citarse, por vía de ejemplo, la sentencias de 17 de marzo de 2007, dictada en autos rol 3.125<sup>41</sup> y de 13 de diciembre de

---

<sup>40</sup> Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Exp. 0421-S-90.- Nº 2313-95, a las dieciséis horas con dieciocho minutos del día nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

<sup>41</sup> Cons. TRIGÉSIMO PRIMERO: Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o "*ius cogens*".

Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo "*in limine*" por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad. Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno.

2006, en autos rol 559-04<sup>42</sup>, reconociendo la preeminencia del DIDH cuando se contrapone al derecho interno.

De lo relacionado podemos afirmar que los derechos esenciales, fundamentales o humanos, reconocidos por fuente internacional, al igual que los aceptados por el sistema normativo interno, constituyen límites a la potestad constituyente derivada, como asimismo a las potestades legislativa, administrativa y jurisdiccional, las cuales deben aplicarlos con preeminencia del derecho interno, los que integran el bloque de constitucionalidad.

#### 1.5. JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Nuestro sistema normativo no señala cual es la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, existiendo una gran discusión al respecto, especialmente después de la modificación del inc. 2° del Art 5° de la C. Pol de 1980.

Debemos precisar que lo discutible no es el rango de los tratados propiamente tales, sino que la preeminencia de las normas que consagran derechos humanos, incluyéndose en ellas no solamente las que los formulan, sino todas aquellas que regulan su alcance o contenido como, por ejemplo, las normas que imponen límites a su restricción en tiempos normales o a su suspensión en tiempos de emergencia, las que establecen criterios para su interpretación y otras semejantes, ya que la regulación de

---

<sup>42</sup> SCS de 17 de marzo de 2007, rol 3.125 y SCS de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004 han establecido que la jurisprudencia y doctrina nacionales, desde muy antiguo, han reconocido la prevalencia del Derecho Internacional, en el supuesto de contradecir éste el derecho interno.

los derechos humanos constituye un todo que no se puede dividir, ello, si se tiene presente que “los derechos esenciales de la naturaleza humana” son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía. En la misma línea referida en el capítulo anterior, tales derechos constituyen un límite al ejercicio de la soberanía del Estado.

Cada Estado tiene la facultad de determinar la forma en que incorpora los tratados y el derecho internacional de los derechos humanos a su régimen interno; lo importante es que ellos sean aplicados por sus órganos. Sobre esto, el profesor Emilio Pfeffer Urquiaga sostiene que de la revisión de diversos textos europeos es posible concluir que la tendencia hoy es al denominado Estado abierto o internacionalista<sup>43</sup>. Así, por ejemplo, la Constitución Alemana señala que: “Las reglas del derecho internacional constituyen parte integrante del ordenamiento jurídico federal, tendrán prioridad sobre las leyes y crearán derechos y deberes directos para los habitantes del territorio federal», agregando la misma Ley Fundamental: “Si en un litigio judicial fuere dudoso si una norma de derecho internacional forma parte del derecho federal y si crea directamente derechos y deberes para los individuos, el tribunal deberá recabar el pronunciamiento al Tribunal Constitucional Federal”, al igual que las constituciones latinoamericanas que casi generalizadamente incorporan diversos preceptos que tienden a la incorporación del Derecho Internacional con prevalencia al Derecho Interno. Así ocurre en la Constitución Ecuatoriana de 1979, reformada el año 1996: “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía”. Más clara es aún la Constitución argentina, reformada

---

<sup>43</sup> Pfeffer Urquiaga, Emilio. Ob. Cit. pp. 476 - 477.



en 1994, que incorporó una norma que por una parte señala que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes y, por otra, que determinadas declaraciones, tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional y los derechos en ellas reconocidos complementan los que ya se aseguran por el texto de la Constitución.

Según el profesor Claudio Nash Rojas, respecto de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales, conforme a la enmienda del artículo 5, inciso 2º de la C. Pol. se habría elevado a rango constitucional, criterio que también compartiría la profesora Cecilia Medina, no obstante que, a su juicio, antes de la modificación, la constitución reconocía dicha preferencia normativa, por constituir tales derechos un límite al ejercicio de la soberanía<sup>44</sup>.

En cambio, el profesor Humberto Nogueira Alcalá<sup>45</sup> indica que "El Tribunal Constitucional había sostenido, hasta antes de la reforma constitucional de 2005, que los tratados de derechos humanos se encontraban en un nivel infraconstitucional y supralegal, tesis que desarrolló en su sentencia sobre la Convención de Roma que establecía el Tribunal Penal Internacional"<sup>46</sup>. En efecto, dicho fallo en su cons. 62, expreso que consideraba en un solo bloque los tratados y los derechos esenciales contenidos en ellos, señalaba "la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos

---

<sup>44</sup> Nash Rojas, Claudio: "La incorporación de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el ámbito nacional: La experiencia chilena", Ponencia presentada en el Curso Regional para Jueces, Fiscales y Abogados de Argentina, Chile y Uruguay, organizado por UNICEF en Montevideo (2003).

<sup>45</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: "Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: la sentencia. Rol 786-2007 del Tribunal Constitucional". En Rev. Estudios Constitucionales, Univ. de Talca, año 5, N° 2, 2007, p. 463.

<sup>46</sup> STC sobre el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, rol 346, de 8 de abril de 2002.



humanos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la ley fundamental<sup>47</sup>. Agrega que frente a dicha jurisprudencia, sosteníamos que el Tribunal Constitucional no había hecho la distinción entre el envase normonológico que eran los tratados u otras fuentes del derecho internacional, y el contenido de esas fuentes que eran los derechos esenciales, siendo estos últimos en aquellos atributos que constituyen un plus respecto de los derechos asegurados directamente por la Carta Fundamental y no la fuente formal que los contiene, lo que conforma parte de la Constitución en su sentido material y, por tanto, forma parte del bloque de constitucionalidad de derechos, constituyendo parámetro de control constitucional de las normas infraconstitucionales. Lo que limita la soberanía y al derecho interno, no son los tratados en cuanto fuente formal del derecho sino los derechos esenciales o fundamentales asegurados o garantizados por ellos como contenido sustancial, todo ello en la medida que los preámbulos de dichos tratados establecen claramente que éstos aseguran derechos que son atributos de la persona humana o son derivaciones de la dignidad humana, vale decir, son derechos esenciales de la persona humana en términos del Art. 5° de la C. Pol., por tanto, límites de la soberanía estatal, reconocidos por el propio Estado a través del acto de ratificación de tales tratados, sin perjuicio de poder invocar al respecto además, la doctrina de los actos propios y el principio de efecto útil, básico en materia de interpretación de tratados y en materia de derechos humanos.

Indica que la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 786-2007, de fecha 13 de junio de 2007, asume por primera vez esta perspectiva asimilada por la doctrina y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de

---

<sup>47</sup> Esta sentencia contó con el voto en contra del Ministro Marcos Libedinsky, como asimismo, con la prevención del Ministro Juan Agustín Figueroa, quien no compartió tal considerando.

Justicia, contribuyendo con ello al desarrollo de un parámetro único de control de constitucionalidad en la materia, como asimismo contribuyendo a otorgar seguridad jurídica e igualdad en la interpretación y aplicación a las personas de los derechos fundamentales. En efecto, en el fallo antes señalado, el Tribunal entra a conocer del proyecto de ley que establece una nueva normativa legal para menores infractores de la ley penal, donde los requirentes, un grupo de diputados de la concertación, en el control preventivo de constitucionalidad solicitado, plantean que uno de los Arts. del proyecto ley sobre menores infractores es inconstitucional en la medida que no respetaría el estándar mínimo de protección de derechos de los menores contenidos en la Convención de Derechos del Niño<sup>48</sup>, ratificada por Chile y vigente, como asimismo, consideran que los derechos del niño constituirían parte de la C. Pol en virtud del Art. 5° inc. 2°, por tanto, tales derechos serían parte del parámetro de control de constitucionalidad del precepto legal cuestionado, sin perjuicio de que el requerimiento plantea otros vicios de constitucionalidad de forma.

La Excma. Corte Suprema le otorga 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>49</sup>. Dichos tratados “se aplican e interpretan

---

<sup>48</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Res. 44/25. D. n° 830 de 14 de agosto de 1990 Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicada en D.O. de 27 de septiembre de 1990.

<sup>49</sup> SCS de 10 de mayo de 2007, en causa rol 3452-2006, Cons. SEXAGÉSIMO SEXTO: “Que, de igual manera, el inc. segundo del artículo 5° de la C. Pol. de 1980 de la República, preceptúa 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

conforme a los principios y estándares específicos de los derechos humanos<sup>50</sup>.

En sentencia de 29 de abril de 2008, recaída en causa rol 6.053-2007 recurso de queja, la Excm. Corte Suprema reconoce jerarquía constitucional a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al Pacto

---

autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), 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. En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, inc. primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer cumplir el derecho internacional humanitario. La soberanía interna de nuestra Nación reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza del hombre, que constituyen valores superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluso el Poder Constituyente, lo cual impide que sean desconocidos aún por gobiernos de facto. Este carácter amplio de protección se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto aludido, dado que su integrante Jaime Guzmán Errázuriz al recalcar que los derechos que arrancan de la naturaleza humana era "el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que el debe proyectarse conceptualmente con la noción de bien común e , de tal suerte que aun cuando esos derechos no estén en el texto constitucional "no por eso una disposición jurídica cualquiera que atentara indebidamente en contra de ellos, dejaría de ser ilegítima" (Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 49, de veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cuatro).

<sup>50</sup> Aguilar, Gonzalo: "La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador". En Rev. Estudios Constitucionales, año 7, N° 1, Univ. de Talca, 2009, pp. 91-136.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> SCS de 29 de abril de 2008, causa rol 6053 (recurso de queja). Cons. 14º “Que en armonía con la norma de reenvío ya citada, contenida en el artículo 5º de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derecho Humanos, que prescribe: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”; el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que preceptúa: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b.- A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;” el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d.- Derecho del inculcado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”; normativa de la que se desprende que se trata de un derecho esencial, como gozar de la asesoría técnica que lleva a cabo el abogado defensor, y que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la eventual falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe, por ello en interés de la transparencia del proceso penal, y para el hallazgo de la verdad, constituye un requisito procesal esencial de todo juicio.

En dictamen del profesor Humberto Nogueira Alcalá<sup>52</sup> a la CIDH en el caso de "La Última Tentación de Cristo", indicó, que "La Constitución política chilena no establece norma alguna sobre la jerarquía del derecho internacional convencional y del derecho internacional consuetudinario en relación con el derecho interno, y solamente establece el sistema de incorporación y aplicabilidad del derecho internacional convencional al derecho interno. Los Arts. 32 n° 17 y 50 n° 1 de la C. Pol. señalan que el Presidente de la República negocia y firma los tratados, el Congreso los aprueba o rechaza sin poder introducirle modificaciones y, posteriormente, el Presidente de la República los ratifica. El ordenamiento jurídico chileno, aplicado de buena fe y de acuerdo con los criterios hermenéuticos que corresponden, reconoció la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno cuando ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo cual ocurrió antes de que la C. Pol. entrara en vigencia. En consecuencia, en caso de conflictos normativos entre el derecho interno y el derecho internacional, Chile está obligado a hacer prevalecer la norma

---

<sup>52</sup> Dictamen en el caso "la Última Tentación de Cristo. "En cuanto a la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico chileno como limitación de la soberanía, el texto de la C. Pol. de 1980, en su artículo 5 inc. 1, establecía la residencia de la soberanía en la Nación y el ejercicio de ésta por el pueblo y por las autoridades constituidas de acuerdo con el sistema constitucional. El inc. 2 de dicho artículo establecía como límite de la soberanía los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En el proceso de transición del régimen autoritario al democrático se efectuaron 54 reformas constitucionales, y una de ellas fue al inc. 2 del artículo 5, al agregar la frase que dice "que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos contenidos en la C. Pol. de 1980, como asimismo por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes". Con esta frase se consolida la perspectiva de que los derechos esenciales de la persona humana constituyen, dentro del sistema jurídico chileno, un sistema de doble fuente: una de carácter interno -la C. Pol. de 1980- y otra de carácter internacional que incorpora al ordenamiento jurídico chileno, al menos, los derechos contenidos en los tratados que el Estado libre, voluntaria y espontáneamente ha ratificado. Esto implica que el bloque de constitucionalidad está integrado por los derechos contenidos en los tratados y por los derechos consagrados en la propia C. Pol. de 1980.

de derecho internacional". Así, estima que en materia de derechos humanos, el principio que impera no es el de jerarquía normativa, sino aquella norma que mejor protege los derechos.

El profesor Edmundo Vargas Carreño ha afirmado que "aunque no existe unanimidad en la jurisprudencia y la doctrina sobre el alcance de esa disposición (el agregado efectuado al Art. 5º, inc. 2º de la C. Pol., por la reforma constitucional de agosto de 1989), el criterio preponderante hoy día es que el Art. 5º inc. 2º de la C. Pol. confiere a los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, un valor igual al de la Constitución"<sup>53</sup>.

La Profesora Miriam Henríquez Viñas<sup>54</sup> indica que si bien la CIDH ha atribuido mayor jerarquía a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a su Jurisprudencia que al resto de la normativa interna de los Estados, incluso por sobre las Constituciones, asignándole rango supraconstitucional, como lo ha expresado la propia Corte en el Caso "Almonacid Arellano vs. Estado de Chile", al resolver la contradicción entre la normativa interna y la normativa interamericana, por cuanto señala que, desde un inicio la norma "inconvenicional" carece de efectos jurídicos por contradecir a la Convención Americana o la Jurisprudencia Interamericana, siendo la invalidez el efecto propio de la aplicación del criterio jerárquico.

El Tribunal Constitucional conociendo del control de constitucional de su propia ley orgánica, lo asimiló a un precepto legal, para efectos de control de inaplicabilidad, tesis contraria a lo que había sostenido

---

<sup>53</sup> Vargas, Edmundo: "Derecho internacional público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI", Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2007. pp.219 – 220.

<sup>54</sup> Henríquez Viñas, Miriam: "Control de convencionalidad en el Sistema Interamericano: más dudas que certezas." En El Diario Constitucional, Santiago de Chile, 22 de mayo de 2012. Disponible en [www.diarioconstitucional.cl](http://www.diarioconstitucional.cl)

anteriormente, en que distingue claramente entre Tratado y Ley, como ocurre en causa rol 288, en que señala que “el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes”<sup>55</sup>.

La Excma. Corte Suprema ha sostenido en varios fallos que la soberanía, incluido por cierto el poder constituyente, está limitada por los derechos esenciales de la persona humana. Así lo ha dispuesto en sentencia de 13 de diciembre de 2006, al establecer, en el considerando “22º: Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º 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” (SCS., 30.01.1996).

En el mismo sentido, en sentencia de la Excma. Corte Suprema de 13 de marzo de 2007, en el cons. TRIGESIMONONO se indicó: “Que, de igual manera, el inc. segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra 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 (Fallos del Mes Nº 446, sección criminal), aun en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones

---

<sup>55</sup> STC causa rol Nº 1288-2009, cons. 46.



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. En definitiva, los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material, adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos.

También, la Excma. Corte Suprema, en sentencia de 10 de mayo de 2007, en causa rol 3452-2006, le ha reconocido valor y rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, con jerarquía superior que a las leyes internas y los tratados internacionales que se refieren a otras materias, distintas de los derechos humanos<sup>56</sup>.

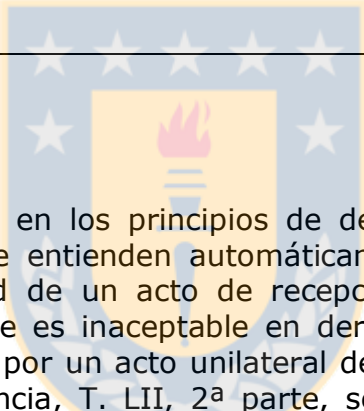
---

<sup>56</sup> SCS de 10 de mayo de 2007, en causa rol 3452-2006. SEXAGÉSIMO SEGUNDO: Que también 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, cuyo colofón "de acuerdo 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, a tendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos. SEXAGÉSIMO TERCERO: Que al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo "que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos" (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, T. LVI, 2ª parte, sección 4ª, p. 66).Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para



Ahora, en cuanto a su vigencia, el profesor Rodrigo Pica Flores ha sostenido que los tratados no pueden ser objeto de inaplicabilidad, por cuanto el Art. 54, N°1, inc. 5° de la C. Pol. señala 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 del derecho internacional"<sup>57</sup>; y el Art. 27 sobre la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, que consagra los principios de la buena fe y el de pacta sunt servanda<sup>58</sup>, como asimismo, porque cuando el Art. 93 N° 6 de la C. Pol. autoriza la inaplicabilidad, sólo se refiere a preceptos legales, calidad que el tratado no tiene (pues se estima que es superior a la ley).

---

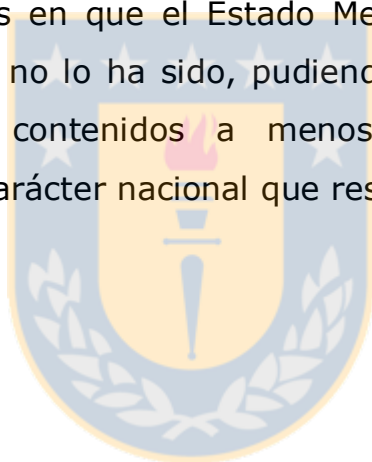


Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado. Afirmando que es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, T. LII, 2ª parte, sección 1ª, p. 478; Rev. Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, pp. 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, p. 90; y Etcheberry, Alfredo: "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", tomo I, Parte General, Edit. Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edic., Santiago, Chile, año dos mil dos, pp. 38 y 39). Del mismo modo, la doctrina autorizada asevera que cuando se presenta un posible conflicto con el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario, el juez tiene en primer término la regla externa, puesto que no es de presumir que el legislador nacional haya querido infringir el derecho internacional (Veloso, Adolfo: "Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno", en Rev. de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 165, enero - diciembre de mil novecientos setenta y siete, p. 272; y Benadava, Santiago: "Derecho Internacional Público", Edit. Jurídica de Chile, 2ª Edic., año 1982, p. 13).

<sup>57</sup> Pica Flores, Rodrigo: "Control de Constitucional y tratados internacionales" en "El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre si y con las cortes internacionales de derechos humanos", Edit. Librotecnia, Santiago de Chile 2012, p.262.

<sup>58</sup> Lo pactado obliga.

El profesor Miguel Carbonell<sup>59</sup>, en artículo de 20 de febrero de 2014 indica que se acaba de conocer un sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que estableció dos tesis fundamentales: a) que en México las personas tienen derechos reconocidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales y que entre esas dos fuentes, no existe una relación de jerarquía, sino que entre ambas constituyen una especie de “bloque de regularidad constitucional” dejando atrás el viejo concepto de las de la jerarquía normativa, pudiendo ahora tomar la norma que resulte más protectora al momento de resolver el caso concreto; y b) que toda la jurisprudencia de las sentencias de la CIDH es obligatoria, esto es, no sólo aquellas en que el Estado Mexicano ha sido parte, sino que también en las que no lo ha sido, pudiendo los jueces internos aplicar os criterios en ellas contenidos a menos que encuentren un criterio jurisprudencial de carácter nacional que resulte más protector.



---

<sup>59</sup> Carbonell, Miguel, artículo publicado en el diario “El Universal” de México DF, de 20 de febrero de 2014.

## CAPÍTULO 2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

### 2.1. CONCEPTO.

Como una forma de verificar si los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cumplen con el estándar de cumplimiento de su obligación de garantía, en el sentido de promover y asegurar que los órganos del Estado resguardan los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción y que puedan ejercer sus derechos, la Jurisprudencia de la CIDH ha creado el concepto de "control de convencionalidad".

Para Juan Carlos Hitters, "el control de convencionalidad es un mecanismo que debe ser llevado primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una "comparación" entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens*, o de la jurisprudencia de la CIDH; y luego, esa tarea, debe ser ejercida por la CIDH, si es que el caso llega a sus estrados"<sup>60</sup>.

Especificando, Néstor Pedro Sagués<sup>61</sup> sostiene que el "control de convencionalidad" establecido por la CIDH en el caso "Almonacid Arellano" y completado por otros, especialmente en "Trabajadores Cesados del Congreso", ordena a los jueces nacionales reputar inválida a las normas internas (incluida la Constitución) opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la interpretación dada a ésta por la CIDH. Es un instrumento eficaz para construir un *ius commune* interamericano en

---

<sup>60</sup> Hitters, Juan Carlos: "El control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación" En Rev. de Estudios Constitucionales, año 7, N° 2, Univ. de Talca, Chile 2009, p. 109.

<sup>61</sup> Sagués, Néstor Pedro: "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". En Rev. de Estudios Constitucionales, Año 8 N° 1, Univ. de Talca, Chile 2010, p. 117.

materia de derechos personales y constitucionales. Indica, que su éxito dependerá del acierto de las sentencias de la CIDH, y de la voluntad de seguimiento de los tribunales nacionales.

Por otra parte, el control de convencionalidad, para el profesor Gonzalo Aguilar Cavallo, "alude a la facultad de los magistrados de contrastar la norma dictada por el Poder Legislativo -y, eventualmente, por el Poder Constituyente- con la norma contenida en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por el Estado para hacer prevalecer estas últimas sobre las normas emanadas del Poder Legislativo y, a fortiori, sobre las normas emanadas del Poder Ejecutivo"<sup>62</sup>. Estima que el verdadero control de convencionalidad debe ser únicamente efectuado por el juez interno y no por la CIDH que sólo tendría competencia subsidiaria.

Según lo propuesto por la CIDH, conforme lo indica la profesora Myriam Lorena Henríquez Viñas,<sup>63</sup> el control de convencionalidad se trata de "un control normativo en el que -a juicio de la misma CIDH- los jueces nacionales deberían excluir la aplicación o declarar la invalidez de la norma interna contraria a la Convención Americana y a la Jurisprudencia Interamericana". Tendría las siguientes características: "a) Sería un control normativo entre las disposiciones jurídica internas -ya sean constitucionales, legales o reglamentarias- y la normativa interamericana; b) el parámetro de control estaría constituido por las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia

---

<sup>62</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo: "La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador". En Rev. de Estudios Constitucionales, año 7, N° 1, Univ. de Talca, 2009, p. 483.

<sup>63</sup> Henríquez Viñas, Myriam Lorena: "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 internacionales de derechos humanos", Edit. Librotecna, Santiago de Chile, 2012, p. 257.

de la propia CIDH, constituyéndose en fuente formal de derecho. De esta forma, el parámetro de control sería el "bloque de convencionalidad"; c) de existir un conflicto normativo entre la normativa interna y la interamericana, se resolvería conforme al criterio jerárquico; y d) tal control normativo debería ser efectuado por todos los órganos del Estado, pero especialmente por todos los jueces nacionales, - incluso de oficio en una suerte de control difuso - y no solamente judicial.

Para el profesor Francisco Zúñiga Urbina, el control de convencionalidad "es un control o inspección de la regularidad de los actos del Estado Parte del sistema de protección internacional regional (sistema interamericano) actos emanados de sus poderes públicos en ejercicio de potestades constituyentes, legislativas, gubernativa, administrativa, judicial e inclusive de control"<sup>64</sup>.

El principal y verdadero control de convencionalidad, con el carácter de concentrado, corresponde efectuarlo a la CIDH, pudiendo disponer la expulsión de la norma contraria a la Convención, como ocurrió en el caso del DL.de Amnistía<sup>65</sup>.

En el orden interno, se trata de cómo aplicar el estándar internacional al caso concreto que conoce, en el objetivo de la tesis, por el juez interno.

---

<sup>64</sup> Zúñiga Urbina, Francisco: "Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica" En: "El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre si y con las cortes internacionales de derechos humanos", Edit. Librotecnia, Santiago de Chile 2012, p. 388.

<sup>65</sup> Sobre esta jurisprudencia de la CIDH, ver: "Caso Barrios Altos v/s Perú" sentencia de 14 de marzo de 2001; "Caso Almonacid Arellano y otros v/s Chile" sentencia de 26 de septiembre de 2006; "Caso la Cantuta v/s Perú" sentencia de 29 de noviembre de 2006. "Caso de la masacre de las Dos Erres v/s Guatemala" sentencia de 24 de noviembre de 2009. "Caso Gelman VS Uruguay" sentencia de 24 de febrero de 2011.

## 2.2. ORIGEN Y DESARROLLO.

El término "control de convencionalidad" fue utilizado por primera vez por la CIDH en el caso "Myrna Mack Chang" en el año 2003, a través del voto razonado del juez Sergio García Ramírez, lo que repite el 7 de diciembre de 2004, en sentencia de la CIDH Caso "Tibi vs. Ecuador"<sup>66</sup>.

En el caso Raxcacó Reyes,<sup>67</sup> se estimó que el Código Penal del Estado Guatemalteco violaba la Convención Americana, en cuanto permitía la pena de muerte, ordenando que "el Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro...".

Pero es en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" que la CIDH estimó que en delitos de lesa humanidad, "el Poder Judicial -de Chile- debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas, que aplican a 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 de él mismo ha hecho la CIDH, interprete última de la Convención"<sup>68</sup>.

La CIDH establece que es obligación del Poder judicial cumplir con la normativa internacional que se ha recepcionado conforme a lo dispuesto en los Arts. 5º y 6º de la C. Pol de 1980 y pasa a ser derecho interno; que a través de la interpretación debe dar efectividad a estos

---

<sup>66</sup> CIDH, caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia 7 de septiembre de 2004. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párrafo 3º.

<sup>67</sup> CIDH, caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, N° 123.

<sup>68</sup> CIDH, caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No 154.

derechos y evitar que el Estado sea sancionado internacionalmente y que en la interpretación, debe el juez considerar la jurisprudencia de la CIDH.

Luego, en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú", la CIDH dijo que se trataba de un "control de convencionalidad", al sostener que "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>69</sup>. Luego, en la sentencia de interpretación<sup>70</sup>, el juez Cançado Trindade sostuvo que, al imponerse la obligación de armonizar el derecho nacional con el internacional, "se abre el camino para una constitucionalización de una convención supranacional". Seguidamente, en el caso Boyce<sup>71</sup>, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, se indicó que "no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales". En igual sentido en el caso Eleodoro Portugal<sup>72</sup>, se expresó que los órganos judiciales internos debían velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales y adecuar sus normas al Pacto.

Posteriormente, en el caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", la CIDH indicó que el control de convencionalidad corresponde a

---

<sup>69</sup> CIDH, caso "Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú", sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

<sup>70</sup> CIDH, sentencia de 30 de noviembre de 2007, serie C, N° 174,

<sup>71</sup> CIDH, caso Boyce y otros vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C, N° 169.

<sup>72</sup> CIDH, caso Eleodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, N° 186.

cualquier juez que realice funciones jurisdiccionales en la esfera de sus competencias (incluyendo a los Tribunales Constitucionales) fijando los criterios de interpretación<sup>73</sup>.

En su última jurisprudencia<sup>74</sup>, la CIDH establece que “toda autoridad pública” está obligada al referido control, (incluye a todos los órganos públicos, incluido el poder legislativo), oportunidad en que estimó que en determinadas materias, ni aún las mayorías expresadas democráticamente pueden aprobar normas que violen gravemente los derechos humanos.

En el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, la CIDH expresa que en el control de convencionalidad, las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de la CIDH.<sup>75</sup>

### 2.3. QUIÉNES DEBEN EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Los profesores Tomislav Bilicic y Williams Valenzuela, indican que desde el Art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se genera la obligación para el Estado de Chile de adecuar el ordenamiento jurídico interno a la referida Convención; es más, se deben adoptar las medidas legislativas del caso y “las medidas de otro carácter” “que son, entre otras, las resoluciones judiciales, a través de las cuales debe cumplirse con el objeto de respetar y garantizar los derechos e impedir que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de

---

<sup>73</sup> CIDH caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010. Párrafos 225 y 233.

<sup>74</sup> CIDH, caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011.

<sup>75</sup> CIDH, cCaso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012. Párrafo 184.



derechos humanos en virtud de sus propios actos jurisdiccionales” y desde el cual se fundamenta la existencia del denominado control de convencionalidad interno o difuso, generándose así la obligación para todos y cada uno de los jueces nacionales de verificar la conformidad de la legislación aplicable al caso de que se trate con las normas interamericanas y, además, con la interpretación que de ellas ha efectuado la CIDH, como intérprete última del sistema. Dicha técnica protectora de los derechos humanos, representa un verdadero llamado a los jueces nacionales a ser parte del sistema interamericano y, en definitiva, a contribuir en la defensa y garantía de los derechos individuales; todo lo anterior en virtud de las obligaciones que impone la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los mencionados Arts. 1.1 y 2°.

El profesor Humberto Nogueira Alcalá<sup>76</sup> señala que el primer obligado a realizar el control de convencionalidad es el juez interno, teniendo como parámetro la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el que debe ejercerse ex officio, en aplicación del principio iura novit curia, ya que los jueces nacionales deben conocer y aplicar el derecho vigente, siendo parte del mismo derecho convencional de los derechos humanos. Estima que corresponde a las cortes y tribunales ordinarios y constitucionales latinoamericanos, ya sea explicitándolo en sus sentencias o haciéndolo en forma implícita, independientemente de que éste conforme o no formalmente el bloque constitucional de derechos o independientemente de que el ordenamiento constitucional estatuya o no la interpretación conforme al derecho convencional internacional de derechos humanos.

---

<sup>76</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno” En “El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre si y con las cortes internacionales de derechos humanos”. Edit. Librotecna, Santiago de Chile 2012, pp. 11-80.

En el caso Almonacid Arellano, se indica que primero le corresponde al juez interno<sup>77</sup>, pues el Pacto impone la necesidad de “agotar los derechos internos” para interponer la demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este control doméstico debe practicarse de oficio por el juez, entre las normas locales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a sus procedimientos y competencias. Dicha comparación normativa debe ser entre su sistema legal, incluida la C. Pol., las leyes y demás reglamentación interna con el corpus iuris convencional, esto es, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia de la CIDH, el *ius cogens* y, en suma, el derecho internacional. El control es de carácter difuso, por cuanto cada uno de los jueces internos puede y debe cumplir la verificación de convencionalidad, de acuerdo a sus competencias. En suma, los órganos internos del Estado miembro, tanto el Ejecutivo como el Legislativo y el Judicial, en toda la estructura nacional, deben cumplir con las normas del Pacto, bajo apercibimiento de responsabilidad internacional, como lo indican los Arts. 1.1. y 2 de la Convención ADH. Y luego, subsidiariamente, corresponde a la Comisión Interamericana y finalmente a la CIDH.

El pronunciamiento de la CIDH es obligatorio para las partes, lo que no admite objeción, pues guarda concordancia con el Art. 3 del Código Civil, como también se hace vinculante para los órganos jurisdiccionales

---

<sup>77</sup> Quedó remarcada, en el caso Almonacid Arellano –entre otros–, la pauta a la que antes hemos hecho referencia, en el sentido de que no sólo el Tribunal Interamericano debe llevar a cabo el control de convencionalidad, sino también que previamente los jueces locales pueden y deben ejercitar esta tarea, obviamente antes que el pleito llegue a la instancia internacional. Ello así porque –reiteramos– la intervención de los cuerpos supranacionales es subsidiaria y las actuaciones –por regla– deben ser analizadas en la instancia doméstica sin perjuicio del eventual “salto” a los andamiajes interamericanos. De ahí que el Pacto impone la necesidad de “agotar los derechos internos” (Art. 46.1.a).

internos, debiendo el Estado adaptar su normativa interna, incluida la C. Pol., bajo pena de responder el Estado. Así se resolvió en el caso de La Última Tentación de Cristo. En los delitos de lesa humanidad, la CIDH declaró inaplicable en todo el país y con efecto erga omnes, las leyes de amnistía dictadas en Perú<sup>78</sup>.

Se ha sostenido por el profesor Pablo Contreras<sup>79</sup>, que el control débil de convencionalidad lo entiende como un mandato de interpretación de las normas internas conforme a lo dispuesto en la Convención ADH y la interpretación que de la misma ha efectuado la CIDH. En esta modalidad del control, la norma interna no es necesariamente “desplazada”, sino que, de acuerdo a la hermenéutica de los tratados, armoniza la Convención Americana sobre Derechos Humanos con el ordenamiento jurídico nacional del Estado Parte –incluyendo hasta la misma Constitución.

Para el profesor Aguilar<sup>80</sup>, un juez nacional no puede posponer, desconocer o no aplicar el derecho internacional de los derechos humanos convencionalmente aceptado por el Estado, sin perjuicio de su facultad a determinar que es considerado derecho aplicable al caso sometido a su conocimiento, ello porque en la perspectiva de derechos humanos, la fuente de sus normas no se agota solamente en la Ley y en la Constitución, sino que también en lo que el Estado ha decidido soberanamente incorporar a su sistema normativo, debiendo el juez nutrirse de todas las fuentes, pues es su obligación que en cada acto

---

<sup>78</sup> CIDH, caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C Nº 75; CIDH, caso Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, serie C, Nº 71; y CIDH, caso “La Cantuta v/s Perú”, sentencia de 29 de noviembre de 2006.

<sup>79</sup> Contreras, Pablo: “Control de Convencionalidad fuerte y débil, partes I y II”. En Diario Constitucional, Santiago 17y 23 de agosto de 2012.

<sup>80</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo: “La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador”. En Rev. Estudios Constitucionales, año 7, Nº 1, Univ. de Talca, 2009, pp. 449-506.

jurisdiccional cumpla con el respeto, protección y aseguramiento de los derechos humanos fundamentales de los individuos.

#### 2.4. OBLIGATORIEDAD.

La exigencia de efectuar un control de convencionalidad tiene origen en nuestro sistema normativo nacional, como también internacional.

En el orden interno, según el profesor Claudio Nash, "lo encontramos en la lectura conjunta de los Arts. 1º, 5º, y 6º de la C. Pol. De 1980"<sup>81</sup>. Indica, que el Art. 6º, inserto en las Bases de la Institucionalidad, señala que los órganos del Estado deben enmarcar su comportamiento a las normas de la C. Pol. y por consiguiente, su actuar, en materias de derechos humanos, no sólo debe restringirse al catálogo del Art. 19, sino también a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, en virtud de su Art. 5º, los que son obligatorios. Luego, que del Art. 1, inc. 1º y 4 de la C. Pol. de 1980 se extrae la obligatoriedad de las normas internacionales y de las obligaciones generales (respeto y garantía), de manera que realizando un razonamiento integral, se arriba a la conclusión de que los jueces tiene el deber constitucional de aplicar las normas internas en conformidad a las normas internacionales obligatorias para el Estado, ya sea a través de un ejercicio hermenéutico o mediante la inaplicación de las normas que se encuentren en contradicción con la norma internacional, según sean sus competencias.

---

<sup>81</sup> Nash Rojas, Claudio: "Derecho internacional de los derechos humanos en Chile". Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Univ. de Chile, 2012, p. 54.

En el sistema normativo externo, la obligatoriedad emana de lo dispuesto en los Arts. 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica que los Estados Partes se obligan a respetar y garantizar el ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna. En virtud de lo dispuesto en el Art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>82</sup>, los Estados se obligan a tomar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Se ha estimado que los tribunales nacionales, dentro de la esfera de su competencia, pueden adoptar estándares mínimos de protección de tales derechos, a través del control de convencionalidad, bajo la jurisprudencia de la CIDH y la Opinión Consultiva de la misma. Así se desprende de la sentencia dictada en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, en su párrafo 124<sup>83</sup>, como asimismo

---

<sup>82</sup> Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Art. 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

<sup>83</sup> CIDH Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No 154. Párrafo 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.

del Art. 29 de la misma Carta<sup>84</sup> y del Art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>85</sup>, debiendo aplicarse preferentemente los derechos asegurados y garantizados convencionalmente, cuando ellos no se encuentran asegurados y garantizados convencionalmente, aplicando además los principios de buena fe, (iuscogens), progresivo por homine para la adecuación al derecho interno e inaplicar la ley que se opone a la convención, cuando el control es concentrado.

Una forma de morigerar el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CIDH y de sus opiniones consultivas, es a través del margen de apreciación<sup>86</sup>, que se aplica en la Corte Europea de Derechos Humanos, para respetar cierta particularidad de los Estados partes, como en el caso de Chile con el efecto relativo de las sentencias, que consagra el Art. 3° del Código Civil, en el sentido de que sólo es obligatorio entre las

---

<sup>84</sup> Art. 29°. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

<sup>85</sup> Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 46.

<sup>86</sup> Zúñiga Urbina, Francisco: "Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica". En "El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos". Edit. Librotecnia, Santiago de Chile, 2012, p. 445. La Teoría del "Margen de Apreciación" consiste en el reconocimiento que hacen los Tribunales Internacionales a la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados partes de los Tratados para "regular los asuntos sobre los cuales no existe consenso generalizado en la región lo que, por cierto, presupone un obligado ejercicio de comparación".

partes litigantes. Asimismo, no aplicar el carácter vinculante para los Estados que no fueron parte, consistente en la interpretación mutativa por adición<sup>87</sup>.

## 2.5. CONTENIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Se trata, de considerar, con el carácter de obligatorio, la interpretación que la realizado la CIDH de las normas de la Convención ADH, la que se constituye en un complemento eficaz para superar las lagunas absolutas<sup>88</sup> o relativas<sup>89</sup> y las aninomias<sup>90</sup>, en cuyo caso, a través del control de convencionalidad los órganos del Estado “deben hacer un ejercicio hermenéutico en el ámbito de sus competencias para preferir la normativa de origen internacional que permita una mejor protección de los derechos humanos”<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Zúñiga Urbina, Francisco: Ob. Cit. pp. 439-440 La interpretación mutativa por adición, significa que la jurisprudencia de la CIDH es obligatoria también para aquellos Estados partes del Tratado conforme al Art. 68 n° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero que no participaron como intervinientes en la causa, para cuyo conocimiento se les notifica la sentencia, conforme a lo dispuesto en el Art. 69 de la referida Convención.

<sup>88</sup> Son aquellas en que el sistema interno no contempla un derecho que lo hace el externo.

<sup>89</sup> Cuando la norma interna está planteada en términos incompletos , lo que impide su aplicación.

<sup>90</sup> Contradicciones entre las normas internas y los compromisos internacionales del Estado.

<sup>91</sup> Nash Claudio: “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En “El dialogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre si y con las cortes internacionales de derechos humanos”. Edit. Librotecnia, Santiago de Chile, 2012, p. 374.



Así lo ha señalado en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*<sup>92</sup>, indicando que, además del análisis constitucional de la legislación, también debió considerar las obligaciones del Estado con relación a la Convención ADH. En el mismo sentido, en el caso *Radilla Pacheco vs. México*<sup>93</sup>, la CIDH ha expresado que si las interpretaciones constitucionales y legislativas se hicieron conforme a los estándares convencionales, aunque haya dudas respecto de la convencionalidad de la misma norma, no incurre en responsabilidad internacional.

En el caso “*La Última Tentación de Cristo*”, la CIDH ha indicado que “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial”<sup>94</sup>. En el mismo sentido, la CIDH, en el caso “*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*”<sup>95</sup>, reiteró la doctrina antes citada.

En cuanto a asegurar los derechos contemplados en la Convención, como se ha expresado que ésta “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

---

<sup>92</sup> CIDH, caso *Boyce y otros vs. Barbados*, 20 de noviembre de 2007, párrafos 77-78. “El análisis de la CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era inconstitucional”.

<sup>93</sup> CIDH, caso *Radilla Pacheco vs. México*, 23 de diciembre de 2009, párrafo . 114-115

<sup>94</sup> CIDH, caso “*La Última Tentación de Cristo*” *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73, párrafo 87.

<sup>95</sup> CIDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 166. “La segunda obligación de los Estados partes es la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención.



gubernamental que asegure la existencia en la realidad de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>96</sup>. Además, en el Art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece el deber del Estado de adecuar su ordenamiento jurídico y conducta a las obligaciones convencionales<sup>97</sup>. Este deber contiene la exigencia que dichas medidas deben ser efectivas (principio del efecto útil).

## 2.6. EFECTOS.

La CIDH ha señalado, en el caso "Almonacid Arellano vs. Estado de Chile", como lo sostiene el profesor Nogueira, "el control de convencionalidad que deben aplicar los jueces nacionales es una consecuencia necesaria de la aplicación de los principios del derecho internacional general y de derechos humanos"<sup>98</sup>. La que –agrega–, está "positivada en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en los Arts. 26 y 31.1."

El profesor Claudio Nash Rojas indica que los jueces y todos los funcionarios del Estado están obligados a "interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e

---

<sup>96</sup> CIDH, caso de la Masacre del Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo. Reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C Nº 140, párrafo 142.

<sup>97</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

<sup>98</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: ob. cit. p. 313.

internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno<sup>99</sup>. Agrega, que la obligación de los jueces es efectuar un control de legalidad, de constitucionalidad y de convencionalidad en los asuntos de su competencia, esto último, conforme a las normas contenidas en la Convención ADH y a los estándares desarrollados por la jurisprudencia. Para ello, cuando se tiene un caso para resolver, lo que debe hacerse es determinar los hechos relevantes sobre los cuales debe adoptar tomar una cierta decisión, luego estudiar el sistema normativo a analizar, en la forma ya indicada y seguidamente hacer un ejercicio interpretativo.

## 2.7 CRÍTICAS AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

La aplicación del control de convencionalidad por los órganos del Estado es incipiente y no exento de críticas y dificultades.

Debemos reiterar que este control interno debe realizarse en el marco de las debidas competencias de de cada operador de justicia, como la CIDH lo ha reiterado en *Trabajadores cesados del Congreso vs Perú*<sup>100</sup>, de manera que si no ejerce el control concentrado de constitucional, no puede expulsar una norma inconventional del sistema normativo interno,

---

<sup>99</sup> Nash Rojas, Claudio: "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En "El dialogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre si y con las cortes internacionales de derechos humanos". Edit.Librotecna, Santiago de Chile, 2012, p.362 de de Chile, 2012, p. 362.

<sup>100</sup> CIDH *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*; sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr.. 128; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Pena vs. Bolivia*, sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr.. 202; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 225; *Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2010 párr. 287.

pudiendo solo inaplicarla. Además, no debe confundirle el control de convencionalidad con la obligación de cumplir las sentencias que emanan de la CIDH, obligación esta última que nace de lo señalado en el artículo 68.1 de Convención ADH. Es cierto que el control de convencionalidad cumple una función de no repetición<sup>101</sup>, pero esto dice relación con la obligación de garantía y no de cumplimiento.

Los profesores Tomislav Bilicic y Williams Valenzuela<sup>102</sup> hacen una severa crítica al control de convencionalidad, indicando que configura una inaplicabilidad encubierta, o a lo menos es la puerta de entrada al control difuso de constitucionalidad que podría ser ejercido por todos los tribunales de justicia, reviviendo la vieja discusión de que si los tribunales ordinarios de justicia, por aplicación del Art. 6° de la C. Pol. de 1980, pueden efectuar o no control de constitucionalidad de la ley.

En respuesta a dicha observación, debe señalarse que la propia CIDH ha dicho que el control de convencionalidad debe ser efectuado de acuerdo a sus facultades del derecho interno, que en el caso de Chile, al existir un control concentrado de constitucionalidad radicado en el Tribunal Constitucional, los jueces internos jamás podrían, a través del control difuso de convencionalidad, expulsar del sistema normativo una ley, sino solamente dar aplicación preferente al tratado internacional a través de la hermenéutica y los principios respectivos. Además, en la sentencia dictada en el caso "Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile", la CIDH hace de cargo de los órganos legislativos la adecuación de la ley a las responsabilidades

---

<sup>101</sup> CIDH, Gelman vs. Uruguay, 24 de febrero de 2001; CIDH, Radilla Pacheco vs. México, 23 de noviembre de 2009.

<sup>102</sup> Bilicic, Tomislav. "Control de Convencionalidad interno o difuso: bases para una teoría adecuada desde la Constitución chilena". En Diario Constitucional, Santiago, Chile, 25 de agosto de 2012. Visita en [www.diarioconstitucional.cl](http://www.diarioconstitucional.cl) el 2 de enero de 2013.

internacionales establecidas por los tratados<sup>103</sup>. Además, el Art. 93 de la C. Pol. legitima activamente al juez para solicitar al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad de una norma legal interna, lo que guarda correspondencia con el sistema de control concentrado, posición que los referidos profesores reconocen como posible en nuestro sistema normativo interno.

El profesor Francisco Zúñiga Urbina<sup>104</sup> critica a la CIDH su uniforme doctrina jurisprudencial de efectuar un control de convencionalidad, cuya competencia estima discutible, equivalente al control de constitucionalidad y que permite, en ejecución de sus sentencias, imponer la inconventionalidad de la actuación de los poderes públicos de los Estados en juicio, que tiene rasgos de activismo judicial, a lo cual se ha opuesto Williams Valenzuela. Indica que la competencia de la CIDH para efectuar control de convencionalidad es sólo complementaria, subsidiaria, integrante de un sistema de protección internacional – regional de derechos humanos y no de un sistema supranacional de protección, careciendo de soporte constitucional en nuestro país, por lo que dicha doctrina no es de recibo. Cosa distinta es admitir el valor de la jurisprudencia y de la doctrina de la CIDH para una efectiva protección de los derechos fundamentales y los derechos humanos en el derecho interno. Explica su posición de la siguiente forma: a) La C. Pol. de 1980

---

<sup>103</sup> Caso "Atala Riffo y niñas vs. Estado de Chile", sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, cons. 279, "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 protegidos 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".

<sup>104</sup> Zúñiga Urbina, Francisco: Ob. Cit.pp. 433-436.

contiene una regla de incorporación de derecho de los tratados y no una regla de habilitación; por ello, es que, como consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional del año 2002 sobre la materia, debió realizarse una reforma constitucional el año 2009, para poder ratificar el Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional; b) La C. Pol. de 1980 no le confiere a los tratados internacionales, jerarquía o competencia en el derecho interno, sino que le reconoce una aplicación preferente, como consecuencia anómala de una regla de derecho internacional común, como son *pacta sunt servanda* y *bona fide*; c) La aplicación preferente de los tratados internacionales, en general, requiere, como lo sostiene nuestra jurisprudencia constitucional, determinar previamente si estos instrumentos necesitan o no de transformación en el derecho interno y también determinar si sus cláusulas y disposiciones son auto ejecutivas o no, y si poseen la estructura – densidad, normativa suficiente; d) La norma jus fundamental del Art. 5° inc. 2° párrafo 2° de la C. Pol. de 1980, es una norma de conducta y no una norma de organización, no configurando en sí una cláusula atributiva de competencias a los poderes públicos, sino que queda supeditada al sistema de reparto de competencia que la C. Pol. hace junto con la ley, que en el caso de los tribunales de justicia, tienen la función de tutela judicial directa de derechos fundamentales y de derechos humanos preferentemente, a través de procesos de amparo, donde pueden utilizar el derecho internacional convencional; e) En cambio, el Tribunal Constitucional tiene competencia concentrada. Indica, que el conflicto de normas jurídicas internas con tratados internacionales debe dársele el tratamiento de conflicto de fuentes, confiriéndole a los tratados el carácter de aplicación preferente cuando corresponda, no pudiendo justificar una inaplicación de la ley fundado en supuesto control de convencionalidad o en cumplimiento de pautas hermenéuticas o decisiones judiciales de la CIDH. Ello porque las

sentencias de la CIDH son obligatorias para el Estado, pero para los tribunales nacionales no son fuente formal de derecho, sino que son fuente los tratados internacionales cuando éstos cumplen las condiciones para su aplicación directa. Luego, sólo un ejercicio de logomaquia jurídica puede llevar a sostener que las sentencias (su jurisprudencia) de la CIDH pueden ser invocadas por tribunales nacionales para disponer la inaplicación-invalidación de actos o decisiones cuyos mecanismos genéticos tienen una orientación ius fundamental determinada, lo que se trata de salvar, en cuanto al sistema de fuentes y primariedad de la ley con la categoría equívoca del bloque constitucional de derechos, pero ello pugna con la Constitución como subsistema de normas y con el principio democrático que reside en la soberanía del pueblo la disposición contra mayoritaria de un sistema político, a través de técnicas como derechos fundamentales y sus garantías. Por otra parte, señala, que el bloque constitucional de derechos, como arte del alquimista, transforma derechos de fuente convencional en derechos de fuente constitucional, lo que afecta la seguridad jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, indica que tanto el bloque constitucional de derechos como el control de convencionalidad vienen a salvar el déficit que en materia de derechos y garantías tienen nuestra C. Pol., aunque ello tiene un evidente elitismo epistemológico, propio del neo-constitucionalismo, que le asigna a una casta (jueces, letrados, profesores, consultores) la misión de reinventar o re-escribir la constitución, lo que se puede solucionar claramente con un cambio constitucional legal y también de cultura jurídica.

También critica la amplitud del parámetro convencional internacional y de derecho público internacional con el cual se realiza el control de convencionalidad, máxime si también debe tenerse como derecho material las interpretaciones de las reglas convencionales

emanadas de la propia CIDH, sin distinguir entre ratio disidenci y decisum, como asimismo, el corpus iuris convencional. Concuera con Sagües en orden a que la CIDH realiza una interpretación mutativa por adición, obligándo a Estados que no han sido parte en un conflicto o consulta objeto de la competencia de la propia Corte, asumiendo por el mismo tribunal la doctrina del valor del precedente, transformándose en una corte de casación supranacional de derechos humanos.

Finalmente, que la CIDH declara inconvencional o anticonvencional alguna norma interna, como en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, respecto del Decreto Ley de Amnistía, sin tener facultades del derecho interno para declarar inconstitucional o derogar la ley, sino que debe hacerse conforme a los mecanismos previstos en la constitución estatal, lo que corresponde en nuestro país exclusivamente al Tribunal Constitucional.

También señala que es criticable la competencia derogatoria de reglas domésticas, que no está contemplada por el Pacto de San José de Costa Rica e importaría, de consolidarse en el futuro, otra interpretación mutativa por adición del Pacto, por cierto que estima muy cuestionable. Una cosa es que la CIDH repute jurídicamente inválidos a esos preceptos, y resuelva inaplicarlos por infringir el Pacto, y otra, que esté habilitada para abolirlos.

El Profesor Luis A. Silva<sup>105</sup> critica el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CIDH y sus Opiniones Consultivas, expresando que, en Chile, el precedente no es obligatorio, por cuanto la jurisprudencia no es fuente de derecho, pero de acuerdo a lo dictaminado por la propia CIDH sí lo es, respecto de sus sentencias y opiniones consultivas, lo que obligará a

---

<sup>105</sup> Silva Irrarrázaval, Luis A.: "Objeciones al control de convencionalidad: una reflexión sobre la Sentencia Atala". En el Diario Constitucional, Santiago de Chile, 28 de marzo de 2012.

los jueces internos a un control difuso de convencionalidad, pudiendo dejar sin efecto una norma jurídica interna que se oponga a la Constitución, lo que afectaría el control concentrado de constitucionalidad, tornando ilusos sus efectos, permitiendo “una brecha al complejo mecanismo de distribución del poder soberano en Chile, permitiendo que una instancia internacional decida los criterios con los cuales deba aplicarse (o dejar de aplicar) la ley”.

Estas críticas no atacan, en esencia, el control de convencionalidad ni el bloque constitucional. Por el contrario, critican que, el primero, haya sido instaurado por la Jurisprudencia de la CIDH, desconociendo que los Estados pueden otorgar facultades a organismos internacionales, limitando su soberanía, como ocurre en la especie, pues voluntariamente, sus representantes ratificaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otorgaron competencia a la CIDH; y que, la creación doctrinaria del segundo, ha permitido encontrar la fuente legal de armonizar ambos cuerpos jurídicos, en beneficio de los derechos humanos.

## 2.8. DIFERENCIAS ENTRE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

El control de constitucionalidad, para el profesor Luis Silva Irarrázaval, “es el procedimiento por el cual se censura la norma o el acto inconstitucional y es un mecanismo indispensable para garantizar la eficacia real de la Constitución como norma suprema”<sup>106</sup>. Como lo sostiene

---

<sup>106</sup> Silva Irarrázaval, Luis A.: “El Control de constitucionalidad de los actos administrativos legales”. Edit. Legal Publishing, Santiago de Chile 2009, p. 24.



el autor Gonzalo Aguilar Cavallo, “el juez constitucional contrasta dos tipos de normas que nacen y mueren en el orden interno de los Estados”<sup>107</sup>.

El control de convencionalidad represivo, en materia de derechos humanos, corresponde al juez de la causa y consiste en la contrastación de una norma interna, dictada por el Poder Legislativo o Constituyente, con la norma contenida en los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado y que se encuentren vigentes o el bloque constitucional y, también, el DIDH.

De esta manera el control de constitucionalidad y el de convencionalidad son de distinto origen y diferente extinción. Mientras en el primero, las normas nacen y mueren en el país, en el segundo lo hacen en el ámbito internacional. El profesor Aguilar Cavallo sostiene que en el control de convencionalidad “no se trata estrictamente de un control de la compatibilidad con la convención o el tratado, sino que es o debería ser un control de compatibilidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incorporado y vigente (entre ellos la costumbre y los principios generales del Derecho Internacional)”, aunque reconoce que el Art. 5° inc. 2° de la C. Pol. “sólo se abre a la fuente convencional al mencionar los tratados ratificados por Chile y vigentes, subsanado en alguna medida por la frase inicial de que los derechos humanos constituyen un límite a la soberanía del Estado”<sup>108</sup>.

El Tribunal Constitucional chileno ha señalado que en el evento de un conflicto entre un tratado o convención y una ley, la situación debe

---

<sup>107</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo: “El Control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos humanos”. En “El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos”. Edit. Librotecnia, 1ª Edición, Santiago de Chile 2012, p. 475.

<sup>108</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo. Ob. Cit. p. 484.

ser apreciada, calificada y decidida por el juez de la instancia<sup>109</sup>. Por ello, el citado profesor Aguilar sostiene que “justamente, es por esta razón que la CIDH insiste en que especialmente los jueces nacionales procedan en el desempeño de sus funciones a realizar un control de convencionalidad.”

El control de constitucionalidad, en cambio, tiene con referente la C. Pol., la que contiene los atributos y garantías de los derechos humanos, tanto en su catálogo del artículo 19 como los tratados ratificados y que se encuentran vigentes, como límite de la soberanía<sup>110</sup>, situación distinta en otros países, en los cuales se incluye expresamente en la Carta Fundamental a los tratados con grado o jerarquía constitucional; como el caso de Argentina, Brasil y México, integrando aquí el control de Constitucionalidad al de convencionalidad.

## 2.9. EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La CIDH ha establecido, a través de sus fallos, que su jurisprudencia es vinculante, pues la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos corresponde a la CIDH y ésta es la intérprete única, agregando que la Convención de Viena sobre Derecho de

---

<sup>109</sup> STC de 28 de diciembre de 2007, rol 807-07: “DÉCIMOQUINTO: Que el conflicto normativo que se discute ante este Tribunal no implica necesariamente una derogación, modificación o suspensión de las disposiciones de un tratado o una contravención per se de normas constitucionales, pues mediante un uso adecuado de los principios de hermenéutica constitucional y legal es posible llegar a conclusiones que, respetando el real sentido y alcance de los preceptos de la convención bilateral, que se invoca, sean armónicas con otras normas legales del Derecho Chileno y con la Constitución en su conjunto. 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.”

<sup>110</sup> Art. 5, inc. 2º de la C. Pol. de 1980.

los Tratados establece que el cumplimiento de los fallos del organismo internacional debe hacerse de buena fe. Ha estimado la CIDH que su jurisprudencia es obligatoria para los Estados partes y también para todos los Estados suscribientes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para cuyos efectos se les envía copia autorizada de los fallos, aunque no sean parte del juicio<sup>111</sup>. De esta forma, como sostienen algunos autores, la jurisprudencia pasa a formar parte del corpus iuris internacional y fuente formal del derecho, configurando el parámetro de control de convencionalidad.

Esta posición es criticada por la doctrina, porque no tiene fundamento legal interno y es una doctrina ajena a nuestro sistema legal. Además, porque la jurisprudencia de la CIDH no ha sido uniforme sino que ha tenido posiciones diferentes, presentando dificultades para conocer su verdadera posición frente a un asunto determinado. No obstante, la mayoría de los Estados Partes la acepta como antecedente de interpretación, los fundamentos de sus fallos.

En el evento que exista jurisprudencia distinta por la CIDH atinente a un mismo caso, el profesor Nash Rojas<sup>112</sup> sostiene que “debe preferir aquel que de mejor manera proteja los derechos humanos” conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención ADH.

Para el profesor Víctor Soto<sup>113</sup>, no resulta debatible que los aspectos resolutivos de los fallos de la CIDH ejerzan fuerza obligatoria y

---

<sup>111</sup> En este sentido interpretación mutativa por adición.

<sup>112</sup> Nash Rojas, Claudio: “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En “El dialogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre si y con las cortes internacionales de derechos humanos”. Edit. Librotecnia, Santiago de Chile, 2012, p. 380.

<sup>113</sup> Soto, Víctor: “La ratio decidendi y la opinión consultiva en los fallos de la CIDH como factor vinculante a los estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En Diario Constitucional, 11 de octubre de 2012.

vinculante a los Estados partes del proceso tramitado ante su jurisdicción, en mérito de lo preceptuado en los Arts. 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su cumplimiento de buena fe de la sentencia según lo prescribe la Convención de Viena sobre Cumplimiento de los Tratados. Del mismo modo, el Art. 62.1 del citado instrumento internacional deja de manifiesto la obligación de los Estados Partes en reconocer la competencia de la CIDH en la aplicación e interpretación de la Convención ADH. También estima pacífica la discusión de preferir las normas internacionales a las internas o domésticas de cada Estado cuando protegen de mejor forma el derecho amparado por la Convención ADH, en mérito de las reglas de hermenéutica de pro homine o pro persona. Sin embargo, no vislumbra dicha claridad cuando se habla de los fundamentos o argumentos que tuvo el órgano jurisdiccional para resolver el asunto sometido a su conocimiento y cómo esos razonamientos se entienden aplicables indirectamente o por vía interpretativa a todos los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no hayan sido partes en el conflicto en que se pronuncia.

En efecto, la CIDH, a propósito del célebre caso "Almonacid Arellano y otros vs Chile", sentó las bases de este efecto vinculante entre las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, su interpretación que hace la CIDH y el derecho interno, lo que se refleja en el cons. 124 de dicho fallo cuando expresa: "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, 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 último de la Convención Americana”.

Lo que resulta trascendente para el caso que analizamos, es que, en dicho considerando (ratio decidendi), la Corte se ocupa en despejar cualquier duda respecto a la fuerza vinculante erga omnes que tienen sus interpretaciones de la Convención ADH, cuando sostiene que el Poder Judicial debe tener en cuenta además del texto del tratado, los sentidos y alcances que ha fijado dicho Tribunal Internacional.

Este criterio argumentativo fue recogido posteriormente por la Corte casi textual en el caso *Gelman con Uruguay*, en donde expresa en su párrafo 193: “Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos incluidos sus jueces están sometidos a aquel, lo cual les obliga porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo 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 y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y 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”.

En el “Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*” señala que “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 jurisprudencias de este Tribunal en el presente caso”<sup>114</sup>.

De la jurisprudencia de la propia CIDH, podríamos concluir que debe efectuarse por cualquier órgano del Estado, (el profesor Nash dice autoridad pública) en el marco de su competencia, cuando existe control de constitucionalidad concentrado (como en Chile) debe hacerse por los jueces comunes de acuerdo a la hermenéutica, haciendo compatibles las normas internas con las obligaciones convencionales del Estado.

## 2.10 RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS.

La Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya ha establecido que “es un principio de derecho internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada”<sup>115</sup>. En el caso de violaciones a los derechos humanos, la responsabilidad del Estado es mayor, pues detenta todo el poder de una nación, debiendo ser más cuidadoso pues está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. En efecto, el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos esenciales de las personas quienes poseen el derecho a exigir su cumplimiento. Su resguardo no sólo queda limitado a los órganos internos, sino también a

---

<sup>114</sup> CIDH caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 184.

<sup>115</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, “Caso Fábrica Chorzów” sentencia de 27 de julio de 1927.

los organismos internacionales, creados por los propios instrumentos convencionales.

El profesor Nash sostiene que, para que sea procedente la responsabilidad del Estado, deben concurrir dos elementos: a) existencia de un acto u omisión que viole una obligación Internacional del Estado en materia de derechos humanos (al respecto, la CIDH ha señalado<sup>116</sup> que entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independiente de su jerarquía, que violen la convención Americana); y b) que dicho acto de carácter ilícito le debe ser imputable al Estado de acuerdo a las reglas de imputación del derecho internacional público<sup>117</sup>.

Al perseguir la responsabilidad del Estado, es importante tener en cuenta cuales son los derechos exigibles al Estado. Seguidamente, cuando una conducta de los órganos o agentes del Estado, por su actividad o inactividad puedan originar su responsabilidad internacional. Chile tiene experiencia al respecto, pues ha sido condenado en cinco casos por la CIDH, materia que será objeto de estudio en el próximo capítulo.

Una vez determinada la responsabilidad del Estado, se ordena el cumplimiento de la obligación primaria (que no cesa con el incumplimiento) y por otra, surge la obligación secundaria de reparar, como lo dispone el Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es necesario también tener presente que los tratados y las convenciones internacionales suscritos en forma voluntaria y legalmente ratificadas por el Estado y que se encuentran vigentes, contienen

---

<sup>116</sup> CIDH, caso de La Última Tentación de Cristo "Olmedo Bustos y otros vs Chile" sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 72.

<sup>117</sup> Nash Rojas, Claudio: "Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno", Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Univ. de Chile, 2012, pp. 39 - 40.

obligaciones que deben ser cumplidas de acuerdo a los principios internacionales de *pacta sunt servanda*, buena fe, efecto útil y favor persona. Su incumplimiento -que es verificado por los organismos internacionales especialmente creados al efecto como lo es, en el ámbito regional, la CIDH, cuya sentencia es obligatoria para el Estado objeto del juicio- genera la responsabilidad de reparación de los daños, a través de las formas de restitución, indemnización y satisfacción, según lo determine el fallo.

El cumplimiento, como se verá más adelante, queda entregado a los órganos internos del Estado, en cuya misión está comprometido el honor del país. Debe señalarse que siempre el demandado es el Estado, único interviniente pasivo para soportar la denuncia, el que responde por el buen funcionamiento de sus órganos. Nunca son denunciantes las personas (a diferencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, donde pueden recurrir directamente a la Corte las personas naturales). Las víctimas deben iniciar su pretensión mediante denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, si después de los trámites e informes requeridos, estima que es plausible y procedente, formula la demanda contra el Estado infractor ante la CIDH, para el conocimiento de su admisibilidad y fondo del caso.

Finalmente, sobre la responsabilidad del Estado, cabe señalar que La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en el quincuagésimo sexto período de sesiones, 85° Sesión Plenaria de 12 de diciembre de 2001, aprobó la Resolución 56/83 sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, mediante la cual acoge con beneplácito la conclusión de la labor de la Comisión de Derecho Internacional respecto de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y su aprobación del proyecto de artículos así como de un comentario detallado acerca del tema y decide incluir en el



programa provisional de su quincuagésimo noveno período de sesiones titulado “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”. El informe de la Comisión contiene 59 artículos en los que tipifica los hechos internacionalmente ilícitos del Estado que generan responsabilidad internacional, la violación de una obligación internacional por un Estado, las circunstancias que excluyen la ilicitud y las formas de reparación que puede adoptar la forma de restitución, indemnización y satisfacción y cómo se hacen efectivas dichas medidas<sup>118</sup>. Lo anterior demuestra la preocupación del máximo organismo mundial por establecer claramente la responsabilidad del Estado en hechos internacionalmente ilícitos.



---

<sup>118</sup> Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, A/RES/56/83.

### CAPÍTULO 3. ANÁLISIS DE LAS CONDENAS DICTADAS CONTRA CHILE POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN RELACION CON EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Chile ha sido condenado en seis oportunidades por la CIDH<sup>119</sup> y un séptimo se encuentra en espera de sentencia<sup>120</sup> de los cuales dos se refieren, expresamente al control de convencional, lo que amerita un examen analítico de los mismos, por las obligaciones que el Estado debe soportar, en especial, el órgano judicial. Además, un tercer caso –Olmedo Bustos y otros vs. Chile- se trata tangencialmente.

#### 3.1. CASO ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE.

La Comisión Interamericana de Derechos humanos presentó demanda ante la CIDH el 11 de julio de 2005, por denuncia que recibió en septiembre de 1988, porque un tribunal militar de Chile aplicó el DL 2.191 del año 1978 sobre amnistía a los responsables de la muerte de Almonacid Arellano, estimando que con ello incumplió sus obligaciones contraídas al ratificar la Convención ADH, por dejar libres de responsabilidad penal a los autores del homicidio, infringiendo las garantías judiciales, la protección judicial y la obligación de respetar los derechos y la consecuente falta de reparación a los familiares.

La CIDH rotuló el asunto como caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, dictando sentencia el 26 de septiembre de 2006 en que tuvo por

---

<sup>119</sup> 1.- Almonacid Arellano y otros vs. Chile; 2.- Atala Riffo y niñas vs. Chile; 3.- La última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile; 4.- Claude Reyes y otros vs. Chile; 5.- Palamara Iribarne vs. Chile y 6.- García Lucero y otros vs. Chile.

<sup>120</sup> Caso “Norín Catrimán y otros (lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile”.

establecidos, en el Párrafo 82 de la respectiva sentencia, los siguientes hechos: "el día 16 de septiembre de 1973 fue detenido el señor Almonacid Arellano, de 42 años de edad, en su domicilio ubicado en la población Manso de Velasco, por Carabineros, quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció en el Hospital Regional de Rancagua el día 17 de septiembre de 1973. La investigación judicial se llevó por Tribunales del Poder Judicial y de la Jurisdicción Militar, llegando a la resolución del 28 de enero de 1997 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, el que sin realizar ninguna diligencia probatoria ni establecer que hubiese quedado agotada la investigación, dictó sobreseimiento total y definitivo, dando aplicación al Decreto Ley No. 2.191 sobre amnistía y por terminada la causa.

La CIDH, decidió respecto de las siguientes materias:

a) Respecto de la reserva respecto del límite temporal de reconocimiento de competencia obligatoria de la CIDH a "hechos posteriores a la fecha de depósito de este instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990", lo que ha sido respetado, por cuanto se han analizado conductas y normas que se encuentran vigentes con posterioridad al 21 de agosto de 1990, los que estima hechos autónomos e independientes de los anteriores.

b) Incumplimiento por parte del Estado de Chile de los deberes generales contenidos en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (obligación de respetar los derechos y obligación de adoptar disposiciones de derecho interno), al mantener en vigencia del Decreto ley N° 2.191 con posterioridad a la ratificación de la Convención por parte de Chile, que su sola existencia viola la Convención ADH. Luego, establece que los crímenes de lesa humanidad, en sí mismo, (codificado por primera vez en el artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar de

Nuremberg y en el artículo 5.c adoptado el 19 de enero de 1946 en el Estatuto de Tokio) como fue el asesinato de Almonacid Arellano, era violatoria de una norma imperativa de derecho internacional como principio de ius cogens, cuando los tribunales chilenos aplicaron la amnistía en el caso Almonacid Arellano. Agrega, que Asamblea General de Naciones Unidas desde 1946 ha sostenido que tales crímenes deben ser sancionados. La adopción y la aplicación de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad impiden el cumplimiento de la obligación de sancionar tales crímenes, debiendo enjuiciar y castigar a los responsables. Concluye, que el Decreto ley N° 2.191 "carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile"<sup>121</sup>.

c) Respecto del control de convencionalidad, señala en el párrafo 124, que "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

---

<sup>121</sup> CIDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 119.

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" reafirmando que ella es la intérprete última y suprema de los derechos en la Convención ADH, debiendo los tribunales nacionales seguir dicha jurisprudencia, haciendo una aplicación de buena fe que busque efectivamente cumplir las obligaciones internacionales, debiendo velar por que 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.

Este razonamiento basal configura el nacimiento jurisprudencial del control de convencionalidad, indicando que su objeto es armonizar los ordenamientos jurídicos y que su obligación nace del pacto *sunt servanda*, toda vez que al someterse un Estado voluntariamente a la Convención Americana debe respetarla, y por tanto, someter sus normas a ella, creándose así un derecho consecuente con la ratificación del instrumento internacional, incorporándose, así, la Convención en nuestra legislación.

Por otra parte, también es necesario recordar que el artículo 54 N°1, inciso 5° de la C. Pol. dispone que "las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional", impidiendo, que el Estado, incluyendo los tribunales constitucional y de justicia, a través de sus resoluciones, puedan afectar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones del Estado mientras el tratado se encuentre vigente. Lo anterior se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por Chile, la cual determina que un Estado Parte no puede poner como obstáculo para el cumplimiento de sus

obligaciones internacionales su propio derecho interno<sup>122</sup>. Un Estado sólo puede desvincularse de sus obligaciones internacionales sino que de acuerdo con el propio derecho internacional.

La Corte considera que los Estados Parte deben asegurar el derecho de que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio de un derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Las leyes de autoamnistía incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dicha sentencia determina la nulidad desde sus orígenes del decreto ley de amnistía, en lo referente a su aplicación para delitos de lesa humanidad. Por tanto, los tribunales deben prescindir del mismo para conocer y resolver los crímenes cometidos por agentes del Estado en el periodo cubierto por dicho Decreto Ley.

De lo referido podemos concluir que la CIDH en el Caso Almonacid Arellano ha dictado una de sus sentencias más duras, contundentes y detalladas, tanto a nivel nacional como internacional, en resguardo de los derechos humanos fundamentales.

Finalmente, es preciso señalar que los órganos colegisladores nacionales, para evitar en el futuro daños mayores al Estado chileno, deben dictar la legislación interna que suprima el DL de amnistía, como asimismo, establecer el procedimiento de cumplimiento en Chile de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se ha hecho por diversos países europeos respecto de las sentencias dictadas por la Corte Europea de Derechos Humanos.

No obstante lo anterior, el Poder Judicial Chileno, en etapa de cumplimiento de la sentencia, en cuanto a su obligación de investigar,

---

<sup>122</sup> CIDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 125.

identificar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables por la ejecución del señor Almonacid Arellano, designó un Ministro en Visita Extraordinaria por la Corte de Apelaciones de Rancagua, el que dejó sin efecto el sobreseimiento, reabrió la investigación y condenó en primera instancia a Raúl Neveu Cortesi como autor del delito de homicidio a cinco años, con libertad vigilada (rol C-40184-1973 del Primer Juzgado del Crimen de Rancagua).

Apelada la sentencia, la Corte de Apelaciones de Rancagua la confirma por sentencia de 14 de enero de 2013, haciendo un extenso y completo análisis respecto de la obligatoriedad de un tribunal del Poder Judicial, en cuanto órgano de Estado, de cumplir la sentencia de la CIDH, tanto porque lo ordena el Art. 5° inc. 2° de la C. Pol. de 1980, como porque el Estado de Chile aprobó y ratificó la adhesión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptó la competencia de la CIDH, tribunal internacional<sup>123</sup>.

En efecto, en el razonamiento 1 de su fallo, manifiesta que primeramente, debe precisarse que “la cuestión aquí, para estos efectos, se reduce a determinar cuál sea la fuerza obligatoria de la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 26 de septiembre de 2006, en el caso denominado “Almonacid Arellano y otros contra Chile”, frente a la existencia de un sobreseimiento definitivo previamente dictado en la causa criminal que se instruyera precisamente por la muerte del Sr. Almonacid,” la que dictaminó que “el Estado de Chile ha violado la Convención Interamericana de Derechos Humanos al aplicar el Decreto Ley sobre amnistía a la investigación por el homicidio del Sr. Almonacid, delito que ha estimado corresponder a un crimen de lesa humanidad, calificación que impide, además, aplicar en su favor las

---

<sup>123</sup> SCA de Rancagua de 14 de enero de 2013, en causa rol 103-2011.

disposiciones de derecho interno relativas a la prescripción” debiendo el Estado “asegurarse de que el Decreto Ley 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del Sr. Almonacid y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables.”. Especifica, en su motivo 4, que la “cuestión obvia que aquí surge, entonces, es la colisión que existe entre el fallo de la Corte Internacional, que ordena proseguir la investigación por la muerte del Sr. Almonacid y eventualmente juzgar y condenar a los responsables, y las disposiciones de derecho interno, puesto que en la causa tramitada en Chile, con anterioridad al inicio del juicio contra el Estado, seguido ante la Corte Interamericana, medió sobreseimiento definitivo firme.”. Sobre esta materia, y que es lo medular del fallo, dice en el motivo 5, que “la cuestión propuesta la tiene que resolver la judicatura nacional a favor de la aplicación del fallo de la Corte Interamericana, por diversas razones. La primera de ellas es que ha sido el propio Estado quien se ha obligado a ello, al ratificar tanto la Convención Interamericana de Derechos Humanos como la competencia misma del tribunal. Se trata, con toda evidencia, de un tratado sobre derechos humanos, como su propio nombre lo indica, y en tal calidad sus normas tienen rango constitucional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la propia Carta Fundamental. A todo evento, si es efectivo que la anterior afirmación es discutida en doctrina, no puede serlo el que el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Convención Interamericana, constituyen una limitación a la soberanía del Estado, pues así surge en forma ineludible de la lectura del citado artículo 5° de la Constitución. Ocurre, enseguida, que el intérprete de esa Convención es, precisamente, la Corte Interamericana, y esto por haberlo aceptado así nuestro propio Estado al reconocerle esa competencia. En tal escenario, es esa Corte la que decide si el Estado de Chile ha respetado o no esos derechos



esenciales garantizados por la Convención. Y si decide que no lo ha hecho, es de toda evidencia que la norma de derecho interno que los infrinja, sea de manera general o sea en su aplicación a un caso concreto por las especiales características de éste, pierde su eficacia para el preciso caso de que hablemos, porque de otra manera no se cumpliría lo dispuesto por la propia Constitución, en cuanto a que la regla de derecho fundamental, garantizada por el tratado, limite la soberanía, ni tampoco se cumpliría el deber, que también el citado artículo 5º impone, de respetar y promover el derecho esencial de que se trate. En suma, tenga o no la Convención Interamericana de Derechos Humanos un rango constitucional, lo cierto es que los derechos que garantiza no pueden conculcarse, ni mantenerse conculcados, en base a reglas del derecho interno, pues entonces no sólo se infringe la Convención misma, sino directamente el mandato del artículo 5º de nuestra propia Constitución. Así pues, en el caso sublite, si la Corte Interamericana decidió que el Estado de Chile violó los derechos fundamentales de las personas que ante ella acudieron, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana; esto es, los derechos al debido proceso y al amparo por la vía judicial, precisamente por sobreseer definitivamente por amnistía el proceso sobre la muerte del Sr. Almonacid, es innegable que es el sobreseimiento mismo lo que constituye el acto vulnerador, y por ende enfrentado éste, y la normativa legal que le da fuerza de cosa juzgada, al artículo 5º de la Constitución, por una razón que combina tanto la normativa internacional como el derecho interno, esa cosa juzgada no podría operar, sin mantener la vulneración.”.

Además, en el motivo 6, indica, que existe una “supremacía del derecho internacional, aceptado por Chile y por ende también derecho nacional, por sobre las normas de orden estrictamente interno. Esa supremacía ha sido ya latamente asentada por la doctrina, y también por fallos de nuestra Corte Suprema, pero es además claro que, de no ser así,

la firma y ratificación de tratados valdría de muy poco, pues cualquier país podría excusarse de las obligaciones que éstos le impongan, mediante el recurso de preferir normas de derecho interno, anteriores, coetáneas o posteriores, que los contradigan.”, debiendo cumplir el fallo de la CIDH, porque el Estado “al aceptar la competencia de la Corte como obligatoria, ha asumido el deber que le impone el artículo 68 N° 1 de la Convención”, ya que al no hacerlo, significaría “incumplir, derechamente, un tratado vigente y, con ello, infringir el derecho y comprometer el honor del Estado de Chile. Si el sobreseimiento definitivo que en la causa criminal mediaba podía removerse o no, es algo que no decide la justicia nacional, en este caso, sino que lo decidió ya la Corte Interamericana. Nuestro fallo no puede referirse a si el sobreseimiento subsiste o no, o si la cosa juzgada se puede o no aplicar aquí, sino que se refiere a si se cumple o no un fallo obligatorio, que ya desechó esa cosa juzgada y removió ese sobreseimiento.”. Concluye, que “la Judicatura no puede cargar con la responsabilidad de desvincular de facto al país de un tratado vigente, negándose a cumplir un fallo que ni siquiera plantea un escenario nuevo o desconocido, en la trayectoria jurisprudencial de la Corte Interamericana.”

No puede dejar de observarse, que recurrida de casación esta sentencia, la Excm. Corte Suprema rechazó el aludido arbitrio procesal por sentencia de 29 de julio de 2013, manteniendo a firme la sentencia de segundo grado<sup>124</sup>, sin modificar ni hacer declaración alguna sobre el control de convencionalidad, aparte del ya formulado por la Corte de Apelaciones de Rancagua.

---

<sup>124</sup> SCS de 29 de julio de 2013, en causa rol 1260-2013.

### 3.2 CASO KAREN ATALA Y NIÑAS VS. CHILE.

Este caso surge de un procedimiento sobre la tuición de las hijas de la señora Átala, procedimiento solicitado por el padre de las niñas en su contra, por considerar que su orientación sexual (homosexual) y su convivencia con una mujer generarían un daño a las menores. Al margen de este proceso, el tribunal en el cual se conocían los hechos (Juzgado de Menores de Villarrica) decidió conceder la tuición provisoria al padre de la menor retirando a las niñas del hogar en el cual habitaban, que era en la casa de la madre, la señora Karen Átala.

Bajo este contexto, se acude a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se tuvo que resolver la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Átala debido a su orientación sexual en el proceso judicial mencionado.

En la sentencia, la CIDH declaró a Chile responsable internacionalmente por haber vulnerado: i) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el Art. 24 (igualdad ante la ley), en relación con el Art. 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo; ii) el derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el Art. 24 (igualdad ante la ley), en relación con los Arts. 19 (derechos del niño) y 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención ADH en perjuicio de las niñas M., V. y R.; iii) el derecho a la vida privada consagrado en el Art. 11.2 (protección a la honra y a la dignidad), en relación con el Art. 1.1. (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo; iv) los Arts. 11.2

(protección a la honra y a la dignidad) y 17.1 (protección a la familia), en relación con el Art. 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención ADH en perjuicio de Karen Atala Riffo y de las niñas M., V. y R.; v) el derecho a ser oído, consagrado en el Art. 8.1 (garantías judiciales), en relación con los Arts. 19 (derechos del niño) y 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de las niñas M., V. y R., y vi) la garantía de imparcialidad consagrada en el Art. 8.1 (garantías judiciales), en relación con el Art. 1.1 (obligación de respeto y garantía) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respecto a la investigación disciplinaria, en perjuicio de Karen Atala Riffo. La CIDH ordenó, entre otras decisiones, que el Estado de Chile debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.

Es destacable el pronunciamiento de la CIDH al resolver las siguientes materias:

a) Que dicho tribunal no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”, razón por la cual no le correspondía establecer si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas, valorar prueba para ese propósito específico, o resolver sobre la tuición de las niñas M., V. y R., aspectos que se encuentran fuera del objeto del presente caso; que el Art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, que en relación a la investigación funcionaria, la CIDH manifestó que no observaba relación alguna entre un

deseo de proteger la "imagen del Poder Judicial" y la orientación sexual de la señora Atala, ya que la orientación sexual o su ejercicio no pueden constituir, bajo ninguna circunstancia, fundamento para llevar a cabo un proceso disciplinario, pues no existe relación alguna entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual. Por ello, concluyó que era discriminatoria una diferenciación en una indagación disciplinaria relacionada con la orientación sexual. Concluyó que el Estado vulneró el Art. 24 en relación con el Art. 1.1 de la Convención ADH, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

b) Respecto de la protección de la garantía de imparcialidad subjetiva, la CIDH consideró que existieron prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe emitido por el ministro visitador, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto y que, por el contrario, dejaron plasmada su posición por este hecho, por lo que se estableció que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria. Por tanto, la CIDH determinó que el Estado vulneró el Art. 8.1, en relación con el Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo.

c) Fijó el contenido y alcance del derecho a la igualdad y no discriminación, de hecho o de derecho, conforme a lo dispuesto en el Art. 1.1 en relación con el 24 de la Convención ADH, consagrados tanto en esta Convención como en todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación.

d) Estableció, como derecho protegido en el Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la orientación sexual, cuya discriminación ha sido prohibida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al estimarla como "otra condición" en el Art. 14 del Convenio

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

e) Que existió diferencia de trato en la orientación sexual, en el juicio de tuición, en especial por la Excm. Corte Suprema de Justicia.

f) Que el principio del interés superior del niño y la confusión de roles de la madre fue analizado por el Juzgado de Familia y la Corte Suprema *en abstracto, debiendo haber sido en concreto*, respecto de los riesgos o daños que podría conllevar la orientación sexual de su madre para las niñas.

g) Que se violó el derecho a la vida privada y familiar, cuyas restricciones deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, lo que no fue establecido.

h) Que se violó las garantías judiciales en la investigación disciplinaria.

Sobre estas materias existe mucha discusión, pero como no dice relación con el objeto de esta tesis no serán tratadas, remitiéndonos exclusivamente a lo atinente con el control de convencionalidad.

Al respecto, en el párrafo 282<sup>125</sup> 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 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”. En este sentido, vemos que la sentencia impone el control de

---

<sup>125</sup> CIDH, Caso Karen Atala e hijas vs Chile, sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 282.

convencionalidad de forma obligatoria a los Estados, debiendo generarse una armonía entre la Convención Americana, su interpretación y las normas internas de cada Estado.

En segundo lugar en el párrafo 283 indica que “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. Menciona los Tribunales Superiores de Justicia en los cuales se ha aplicado el control de convencionalidad

Finalmente, en el párrafo 284 refiere que “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 (supra apartado C.2). Es en este apartado en donde se señala la importancia de la interpretación de lo que consagra textualmente la Convención Americana, atribuyéndole así un carácter más práctico de lo que son las garantías y lo que abarcan más allá de lo literal.

### 3.3. CASO "LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO"(OLMEDO BUSTOS Y OTROS) VS. CHILE.<sup>126</sup>

Los hechos que dieron origen a este caso acontecieron el 29 de noviembre de 1988, cuando el Consejo de Calificación Cinematográfica rechazó la petición que le hiciera la "United International Pictures Ltda." para la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", negativa que apelada, fue confirmada por un tribunal superior mediante sentencia de 14 de marzo de 1989. Posteriormente, el 11 de noviembre de 1996, ante una nueva petición de la "United International Pictures Ltda.", el Consejo de Calificación Cinematográfica autorizó su exhibición, la que nuevamente fue dejada sin efecto por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 20 de enero de 1997 en recurso de protección, la que fue confirmada el 17 de junio del mismo año por la Excm. Corte Suprema.

Presentada denuncia internacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ésta la elevó ante la CIDH, la que estimó que el Estado de Chile violó el Art. 13 de la Convención ADH y por lo mismo incumplió el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el Art. 1.1 y 2 de la Convención en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, decidiendo que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo". Esta sentencia motivó la reforma constitucional de su Art. 19, N° 12, inc. final, en el sentido que "la ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de

---

<sup>126</sup> CIDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. (Fondo, reparaciones y costas). Serie C No. 73.



la producción cinematográfica.<sup>127</sup> La ley respectiva se publicó en el Diario Oficial de 4 de enero de 2003<sup>128</sup>.

En lo pertinente con el objetivo de la tesis, en el punto 4 decidió que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", y debe rendir a la CIDH, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto y, en el punto 5, que por equidad, el Estado debe pagar la suma de US\$ 4.290 (cuatro mil doscientos noventa dólares de los Estados Unidos de América), como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección. Esta suma se pagará por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El profesor Claudio Nash ha sostenido que "la forma en que el Estado decida sobre los mecanismos de recepción de las normas internacionales en el ámbito interno no es relevante a la hora de determinar la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, el órgano internacional de control lo que hará será determinar si el Estado, como un todo, ha cumplido o no con sus obligaciones internacionales, sin considerar los elementos de orden interno propios de la organización del aparato del Estado. En este caso, la Corte determinó la responsabilidad del Estado por la sola existencia de una norma constitucional que era

---

<sup>127</sup> Ley de reforma constitucional N° 19.742, de 8 de agosto de 2001, D.O. de 25 de agosto de 2001. Art. único, letra a).

<sup>128</sup> Ley N° 19.846 sobre calificación de la producción cinematográfica. Promulgada el 9 de diciembre de 2002. Publicada en D. O. de 04 de enero de 2003.

violatoria de la Convención ADH (Art. 13, sobre prohibición de censura previa)<sup>129</sup>.

La CIDH, por su parte, en el Cons. 72 del fallo referido señaló que: “Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.”<sup>130</sup>

Si bien este caso no menciona expresamente el control de convencionalidad, como en los casos anteriores, tiene importancia, por cuanto recalca la obligación de todos los órganos del Estado de adecuar su comportamiento a lo dispuesto en la Convención ADH, que, en el fondo no es otra cosa que armonizar el derecho convencional con el interno, es decir, que se respete lo pactado.

---

<sup>129</sup> Claudio Nash Rojas: “La incorporación de los instrumentos internacionales de los derechos humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena”. Ponencia presentada en el “Curso Regional para Jueces, Fiscales y Abogados de Argentina, Chile y Uruguay”, organizado por UNICEF en Montevideo, 2003. Disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/30.pdf>

<sup>130</sup> CIDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. sentencia de 5 de febrero de 2001. (Fondo, reparaciones y costas). Serie C No. 73. Cons. 72.

#### CAPITULO 4. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD REALIZADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ALGUNOS CASOS RELEVANTES.

El Tribunal Constitucional, en cuanto órgano del Estado, conforme a lo dispuesto en los artículos 5° inciso 2°, 6°, 7° y 93 de la c. Pol.; en relación con los artículos 1, 2, 29, 63 y 67 al 69 de la Convención ADH, cuando efectúa el control de constitucionalidad, está obligado a respetar los estándares mínimos sobre los derechos y garantías asegurados convencionalmente y el corpus iuris internacional de derechos humanos esenciales en el ejercicio de todas sus competencias determinadas por el artículo 93 de la c. Pol.

Los tribunales ordinarios y especiales, por el poder concentrado de constitucionalidad que pertenece exclusivamente al Tribunal Constitucional, no pueden declarar la invalidez ni la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que vulneran el estándar mínimo de protección de los derechos humanos, pero tienen la potestad para requerir al órgano constitucional la inaplicabilidad del precepto legal cuestionado, por los mismos vicios que afectan tales derechos, lo que ha ocurrido, como se verá, en diversos casos.

El Tribunal Constitucional ha conocido diversos casos en que le ha correspondido pronunciarse respecto de derechos resguardados por tratados internacionales y el DIDH a modo de ejemplo, se citan algunos casos relevantes:

1.- Respecto de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional había sostenido, hasta antes de la reforma constitucional de 2005, en lo formal, que estos se encontraban en un nivel infraconstitucional y supralegal, como lo sostuvo en el considerando 62 de la sentencia sobre la Convención de

Roma que estableció el Tribunal Penal Internacional<sup>131</sup>, al señalar que “la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos humanos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la ley fundamental”, sin hacer una distinción entre los tratados u otras fuentes del derecho internacional y el contenido de esas fuentes que son los derechos esenciales, como los sostiene el profesor Humberto Nogueira Alcalá<sup>132</sup>, en el sentido que son estos derechos y no los instrumentos que lo contienen, los que limitan la soberanía del Estado.

Empero, este criterio del Tribunal Constitucional cambia con la dictación de la sentencia de 13 de junio de 2007, recaída en causa rol n° 786-2007, iniciada por requerimiento de un grupo de diputados en control preventivo de un proyecto de ley sobre menores infractores, que no respetaría el estándar mínimo de protección de derechos contenidos en la Convención de Derechos del Niño, ratificada por Chile y vigente, como asimismo, que además de integrar el derecho interno conforme a lo dispuesto en el artículo 5° inciso 2°, formarían parte del parámetro de control de constitucionalidad, lo que reconoce en el párrafo vigésimo séptimo, al señalar que el referido proyecto de ley no vulneraría tal estándar convencional. Dicho fallo tiene el voto disidente del ministro don Hernán Vodanovic, quien estuvo por acoger el requerimiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 37b de la Convención sobre Derechos del Niño y del hecho que la C. Pol. en el artículo 5°, inciso 2° establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, estableciendo

---

<sup>131</sup> STC sobre el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, rol 346, de 8 de abril de 2002.

<sup>132</sup> “Estudios Constitucionales”, Año 5, N° 2, 2007, pp. 457-466, ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca “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”, pp. 457-466.

expresamente en su considerando octavo, “que puede concluirse que las normas invocadas, en la medida que materializan derechos que son esenciales, son parte del parámetro de control de constitucionalidad aplicable en esta causa y, además, constituyen límites al ejercicio del poder soberano por parte de los órganos del estado, en particular del legislador al ejercer su potestad de fijar penas”.

Por ello, podemos decir que para el Tribunal Constitucional, en el aspecto formal, el tratado internacional es fuente infraconstitucional de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 93 n° 1 y n° 3 de la constitución, una vez incorporado legalmente al ordenamiento jurídico, es de aplicación preferente, conforme a lo prescrito en el artículo 54 n° 1, inciso 5° de la C. Pol., en cuanto señala 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", por lo cual, el tratado prevalece sobre las leyes internas, salvo que estas últimas contengan un estándar más alto de protección de los derechos que aquel que concreta el corpus iuris interamericano, aplicando el principio favor persona, lo que lleva a sostener al profesor Humberto Nogueira Alcalá, que “en tal perspectiva, el juez ordinario o especial, con competencia sobre el fondo de la materia analizada, dispone siempre de la potestad para aplicar preferentemente la norma convencional sobre los preceptos legales que sean contrarios a ella, de lo contrario genera responsabilidad internacional del Estado y vulnera los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que sin dejar de ser norma internacional son norma de derecho interna al incorporarse al ordenamiento jurídico mediante la ratificación de dicha convención)<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: “Diálogo Interjurisdiccional. Control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011” En Rev. Estudios Constitucionales, Univ. De Talca, vol. 10, n° 2, 2012.

2.- Otro tema de importancia, también zanjado por El Tribunal Constitucional en sentencia rol n° 804, en su considerando 15°, ha sido que, ante la existencia de un conflicto entre un tratado y una ley, sin que exista un problema de constitucionalidad de esta última, el tema queda dentro de las atribuciones de los jueces ordinarios los que deben calificar y decidir sobre la materia; ha dicho que "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". el tribunal constitucional en la misma sentencia rol n° 804, afirma en su considerando 5°: "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"<sup>134</sup>.

3.- En otro caso, sobre requerimiento de parlamentarios y otros para que se declare la inconstitucionalidad del movimiento patria nueva sociedad (nacional socialista) causa 567 de 2010, que fue rechazado, por falta de prueba, cita al respecto la jurisprudencia establecida por la CIDH en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, en su sentencia de 22 de noviembre de 2005, que en su párrafo 35° señala como "un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las

---

<sup>134</sup> STC, de 28 de diciembre de 2007, en auto rol 804-07-INA.

personas, por lo que comprende además del derecho a comunicar, el derecho a conocer opiniones, relatos y noticias; señalando que el derecho a conocer la información y opinión ajena tiene tanta importancia como el derecho a difundir la propia". Agrega, el Tribunal Constitucional, que conforme a la jurisprudencia de la CIDH no puede limitarse la expresión de ideas, "aunque irriten, alarmen, sorprendan o inquieten a las autoridades, como lo han señalado el tribunal europeo de derechos humanos y la corte interamericana de derechos humanos". Prosigue el alto tribunal, en el considerando 41º de la sentencia, que los estándares de la CIDH fijados en la sentencia Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, (en su párrafo 121), precisa "que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal" y que la ambigüedad de la ley podría "abrir el camino a toda suerte de arbitrariedades por parte de la autoridad, pues tal como ha razonado este tribunal "todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados" (considerando 40º). Así el Tribunal Constitucional realiza una interpretación receptiva de la jurisprudencia de la CIDH, mediante la asimilación de la ratio decidendi de la sentencia del caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú

4.- En sentencia del Tribunal Constitucional rol nº 1723-10 INA/1810-10 INA acumulados de fecha 21 de junio de 2011, presentados por los ejecutivos y directivos de Televisión Nacional de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 10, literal h), de la ley nº 20.285, sobre acceso a la información pública, en autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados "Televisión Nacional de Chile con Consejo para la Transparencia", bajo el rol nº 945-2010 en contra del acuerdo que dispuso

que TVN había vulnerado las normas sobre transparencia activa, ordenándosele informar las remuneraciones y otros beneficios de ejecutivos del canal, el Tribunal Constitucional explicita la existencia del principio de acceso a la información pública como principio constitucional asegurado por el art. 8° de la C. Pol. y regulado por la ley de acceso a la información pública, cuyo artículo 10 reclamado, incluye a TVN, dentro de las instituciones obligadas a la entrega de información, debiendo mantener como información pública, entre otras, la remuneración de sus gerentes, lo que ampara el derecho a la libertad de información contenida en el artículo 19 n° 12 de la constitución, constituyendo un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático, de asunción de responsabilidades y de rendición de cuentas. El tribunal constitucional se apoya en la jurisprudencia de la CIDH en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile de 2006, párrafo 86, donde se precisa que respecto del respeto a la protección de la vida privada contenido en el art. 19 n° 4 de la constitución, protege contra las presiones o intromisiones indebidas en ella, como también lo determina el artículo 11 n° 2 de la Convención ADH y por lo tanto ella puede ser objeto de límite o restricciones legales, encontrándose fuera de la vida privada los actos que tienen repercusiones sobre la ordenación de la vida social o sobre derechos de terceros o intereses legítimos de la comunidad. De esta forma, el Tribunal Constitucional usa la jurisprudencia de la CIDH, desarrollando una interpretación receptiva de dicha jurisprudencia.

5.- En varias sentencias, a partir del año 2008, el Tribunal Constitucional chileno asume el postulado de interpretación de derechos fundamentales aplicado por la CIDH y contenido en el artículo 29 literal b) de la Convención ADH, pro homine y favor persona, como regla de hermenéutica para resolver varios casos, aunque se trate de



jurisprudencia proveniente de casos en que Chile no ha sido parte, como por ejemplo, en sentencia dictada en causa rol n° 740-2007, al razonar que " de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del nasciturus, obliga al juez constitucional a aplicar el principio 'favor persona' o 'pro homine' en forma consecuente con el deber impuesto al estado por la carta fundamental de estar al 'servicio de la persona humana' y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud".

En causa rol 1361- 09, en su sentencia sobre la LEGE de 2009, al expresar 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, indicando que "en tal sentido, parece ineludible tener presente el principio 'pro homine' o favor libertatis' definido en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos de la siguiente forma: 'entre diversas opciones 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).

En sentencia rol n° 1484-09 de cinco de octubre de dos mil diez, el Tribunal Constitucional utiliza nuevamente el postulado de interpretación favor persona (pro homine) aplicándolo en materia de derechos fundamentales en su considerando 25°: "que, a mayor

abundamiento, un juicio de constitucionalidad, como el que en esta oportunidad se realiza, no puede prescindir del hecho de que las normas que confieren derechos deben interpretarse de tal manera que potencien el goce del respectivo derecho y no al revés. esta afirmación no es sino una consecuencia del clásico principio de interpretación favor homine o favor persona que obliga, precisamente, al intérprete normativo a buscar aquella interpretación que más favorezca los derechos de la persona antes que aquella que los anule o minimice. en palabras de rubén hernández valle, "el citado principio, junto con el de pro libertatis, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos y significa que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano".

En sentencia rol n° 1881-10 de 3 de noviembre de 2011, sobre aplicabilidad del artículo 102 del código civil, el voto concurrente de los ministros Carmona, Fernández Fredes, García y Viera Gallo, aplica el principio favor homine y favor libertatis, al referirse a las normas convencionales internacionales del PIDCP y la Convención ADH sobre el derecho a contraer matrimonio, al razonar que si bien la C. Pol. no asegura explícitamente el derecho a contraer matrimonio sí lo hacen el PIDCP de la Naciones Unidas, en su artículo 23.2 y la Convención ADH en su artículo 17.2.; lo que también asegura la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16, los cuales reconocen el derecho a contraer matrimonio tanto a hombres como a mujeres, sin sostener que se reconoce el derecho sólo a hombres con mujeres, lo que queda entregado a la legislación interna de cada Estado, interpretando los derecho pro homine y pro libertatis, como se establece en el considerando 8° del voto concurrente.

6.- Respecto de una interpretación innovadora, tenemos el caso del derecho a la identidad personal extraído del DIDH ratificado y

vigente, el que es utilizado como parámetro de control de constitucionalidad para determinar inconstitucionalidad de preceptos legales en causa rol n° 834 de 2008 –también ocurre lo mismo en causas roles n° 1340 de 2009, n°s. 519, 576 y 807 de 2007; rol n° 1249 de 2008-.. En este caso, el requerimiento presentado por el juez de Cuarto juzgado de Familia de Santiago, en el que se investiga la paternidad de una persona, solicita que se declaren inaplicables los artículos 188, 199 y 199 bis del código civil, cuyo texto actual fue fijado por el artículo 1° de la ley n° 20.030, publicada en el diario oficial del día 3 de julio de 2005, por ser contrarios a los numerales 2°, inciso segundo, 3°, inciso quinto, y 4°, todos del artículo 19 de la C. Pol. Se rechaza la pretensión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos señalados en el caso concreto, teniendo como elemento básico para adoptar tal posición el derecho a la identidad del menor, el cual no existe como derecho fundamental en el texto de la C. Pol. pero que como derecho esencial constituye un fin legítimo, en virtud del cual se pueden establecer limitaciones o restricciones de otros bienes o derechos asegurados constitucionalmente. Para ello parte del artículo 5° inciso 2° de la constitución, que determina la limitación del ejercicio del poder público (soberanía) por el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo deber de los órganos estatales respetar y promover tales derechos, ya sea que se encuentren asegurados en la constitución, o en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. en este caso, el derecho a la identidad no se encuentra asegurado por la carta fundamental, por lo que, el tribunal constitucional tendrá que obtenerlo del derecho internacional de los derechos humanos, debiendo extraerlo interpretativamente de las disposiciones de tres convenciones o pactos internacionales, ellos son la Convención sobre Derechos del Niño, el PIDCP y la Convención ADH, como se determina en

los considerandos "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;" (...); y "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.

En la sentencia rol n° 1340 de 2009, se inicia por el requerimiento del juez presidente del juzgado de familia de Pudahuel, expone que en la causa rit n° c-111-2009, seguida por investigación/reclamación de paternidad, caratulada "muñoz con muñoz", para que se pronuncie sobre la inaplicabilidad del artículo 206 del código civil, por ser contrario a la ley fundamental, por eventual privación del derecho a la identidad asegurado por diversos instrumentos internacionales.

El Tribunal Constitucional, 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. Este 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)". En el considerando noveno señala "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. 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 1°, 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 n° 834, considerando 22°); en el considerando 10° expresa que "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 5°, 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". Concluye que este derecho a la identidad se encuentra asegurado por instrumentos convencionales internacionales integrados al parámetro de control de constitucionalidad, en virtud del cual se enjuiciará la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del código civil.

En las dos sentencias se establece que el derecho a la identidad que debe ser respetado y garantizado por las normas infraconstitucionales, constituye parte del parámetro de constitucionalidad con el cual se enjuicia a las leyes en su aplicación a los casos concretos, extrayendo los atributos del derecho por vía interpretativa del derecho convencional internacional de derechos humanos.

7.- En algunos casos se ha aplicado la Convención ADH en su artículo 7 n° 7 y el PIDCP en el artículo 11° normas que específicamente prohíben la prisión por deudas (roles n°s. 519, 576 y 807 de 2007; rol n° 1249 de 2008), en contra de las normas contenidas en los artículos 3°, 12 y 14 de la ley n° 17.322.

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, donde asume 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 5°, inciso segundo, de la carta fundamental, tal contradicción habilitara a esta magistratura para declarar inaplicable el precepto legal".

8.- En los casos en que el Tribunal Constitucional concreta una interpretación neutralizadora de la jurisprudencia de la CIDH, sobre el derecho a la revisión de la sentencia penal (art. 8, párrafo 2, literal h) de la Convención ADH. (roles n° 986 y n° 1130 de 2008)

El primero corresponde al caso de Aarón Vásquez, rol n° 986, se analiza el derecho al recurso ante una sentencia penal, como parte del debido proceso. La defensa del condenado plantea la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad señalando que los efectos que genera el inciso 2° del artículo 387 del código procesal penal en el caso concreto, lo priva del derecho a la revisión de la sentencia a la que tiene derecho dentro de un debido proceso, el que se encuentra asegurado, además, por la norma de reenvío del artículo 5° inciso 2° en relación con los artículos 8° párrafo 2, literal h) de la Convención ADH y en el art. 14, párrafo 5 del PIDCP. La CIDH sentó jurisprudencia al respecto, en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", donde determina detalladamente los requisitos que debe contemplar el derecho a la revisión de la sentencia penal para cumplir los parámetros determinados por la Convención en su

art. 8.2. literal h): para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto (párrafo 159°); se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. (párrafo 161°). La corte ha establecido que "no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces", es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (párrafo 161°); que si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo (párrafo 161°); que la posibilidad de "recurrir del fallo" debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho (párrafo 164°); que independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida (párrafo 165°).

En el caso en estudio, se niega el derecho al recurso en virtud de que éste ha sido condenado en dos sentencias, habiendo sido anulado el primer juicio en virtud de haber ejercido recurso de nulidad el Ministerio Público, siendo condenado el afectado en el segundo juicio a una pena mayor después de ser recalificado el delito por el segundo tribunal de homicidio simple a homicidio calificado. El artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal niega al condenado en el segundo juicio el derecho al recurso cuando éste ya había sido condenado en el primer juicio, sin que este último nunca hubiere podido haber ejercido el derecho al recurso, lo que afecta en su esencia el derecho al recurso, lo que supera todo margen



de apreciación que pueda dejarse al legislador nacional, como establece el párrafo 161 de la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica, lo que no es asumido por el tribunal constitucional que se queda con una interpretación de que Aarón Vásquez debió haber recurrido de la primera sentencia porque ella ya le había producido un agravio al condenarlo (considerando 15°), considerando que el condenado al no hacer uso del derecho al recurso contemplado en el ordenamiento jurídico, respecto de la primera sentencia, que le había causado un agravio objetivo, pese a no considerarlo así subjetivamente el condenado, no posibilitó al segundo tribunal ampliar su competencia específica, limitando por voluntad propia su derecho de defensa (considerando 22°), dicha perspectiva implica asumir una concepción restrictiva del derecho al recurso que es contraria a una interpretación favor persona y al principio pro accione que el tribunal constitucional ha sustentado en otras ocasiones, lo que cuestionará el voto disidente de la sentencia (ministros Mario Fernández y Hernán Vodanovic).

La misma situación se produce en el caso rol n° 1307-2007, repitiéndose las argumentaciones en sus aspectos esenciales.

En estos dos casos en dos casos, el Tribunal Constitucional no verifica el control de convencionalidad y una interpretación adecuada del derecho al recurso o revisión de la sentencia penal contemplado en el artículo 8.2 literal h) de la Convención ADH conforme a una interpretación auténtica y final de la CIDH ni tampoco realiza el análisis pertinente en relación al artículo 14°, párrafo 5° del PIDCP y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

9.- También se planteó por el juez de familia don Francisco Carretta Muñoz requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículos 14 de la ley n° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias (5.10.1962), en relación al artículo 66 de la ley de matrimonio civil, n° 19.947, por entender que la aplicación de estos preceptos legales

para apremiar al cónyuge divorciado en el pago de cuotas de la compensación económica podría resultar contraria a la Constitución y al artículo 7° de la Convención ADH, que prohíben de la prisión por deudas y sólo la admite en caso de deudas de carácter alimentario, en circunstancias que la compensación económica no es una deuda de ese tipo, sino que una compensación por causa de disolución de un matrimonio.

El Tribunal Constitucional señala, en su motivo "sexto: que, al igual que todos los órganos del estado, este tribunal constitucional está compelido a obrar "dentro de su competencia", como lo indica el inciso primero del artículo 7° de la carta fundamental. no le es permitido, por ende, ampliar unilateralmente su esfera de atribuciones, para extenderla a reglas de contexto insertas en su plexo normativo, cuya violación no se alegó. en esta línea argumentativa, cabe recordar que el sostenedor de la inaplicabilidad no invocó la eventual vulneración del artículo 5° constitucional, cuyo inciso segundo define el deber de los órganos del estado de "respetar y promover" los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados ya sea en la constitución como en "los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Tal omisión se yergue como un obstáculo para que esta entidad de justicia constitucional pueda subrogarse al requirente, asumiendo una legitimidad activa oficiosa que el constituyente no le ha reconocido". Luego agrega que "octavo: que, como lo ha sustentado uniformemente esta judicatura constitucional, los tratados internacionales no constituyen, per se, parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitar directamente a esta jurisdicción para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente los contrarían. Para que esta operación fuera jurídicamente válida, sería

necesario que aquellos instrumentos estuvieren dotados de rango constitucional en cuanto fuentes formales de derecho constitucional, y no adquirirla por vía simplemente indirecta, a través de la remisión que a ellos formula el inciso segundo del artículo 5° de la carta fundamental;”.

10.- También el 23 de abril del año 2012, la jueza de familia de Pudahuel remite los antecedentes pertinentes a fin de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la inaplicabilidad del artículo 206 del Código Civil y del artículo 5° transitorio de la ley n° 19.585, por ser contrarios a la garantía constitucional de igualdad ante la ley y vulnera el derecho a la identidad que tiene toda persona, que se encuentra garantizado en tratados internacionales que la norma constitucional citada obliga a respetar, como son: la Convención de Derechos del Niño (artículos 1° y 8°), la Convención ADH (artículos 5.1, 11.1, 17 y 18) y el PIDCP (artículos 16, 17.1 y 24). Señala que, en la especie, se debiera ejercer el control de convencionalidad; sin embargo, los jueces están sujetos a la aplicación de la ley, so pena de cometer el delito de prevaricación, razón por la que recurre a esta magistratura para que ejerza el control de constitucionalidad y, vía artículo 5° de la carta fundamental, el control de convencionalidad a que se refiere la CIDH.

El Tribunal Constitucional no adoptó decisión, por producirse empate de votos, pero es importante señalar los fundamentos de ambas posiciones, porque refleja el parecer de los integrantes del este Alto Tribunal en materia tan importante.

Por acoger el requerimiento estuvieron los ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres, y señores Francisco Fernández Fredes y Gonzalo García Pino, consignando previamente “que no se ha sometido a la decisión del tribunal constitucional un conflicto de normas legales, respecto del cual sólo el juez

de fondo tiene competencia para resolver, como se ha indicado reiteradamente en su jurisprudencia (roles n°s 1700, 1772, 1781, 1794, 1830, 1832, 1839 y 1860, entre otros)“.

Luego, indican que el artículo 206 del Código Civil ha sido declarado inaplicable en pronunciamientos anteriores de esta magistratura (stc roles n°s 1340, 1537, 1563, 1656 y 2105), por resultar las limitaciones en él contenidas inconciliables con el derecho a la igualdad ante la ley (consagrado en el numeral 2° del artículo 19 constitucional) ello, porque “resulta inconstitucional que el legislador haya circunscrito la posibilidad de incoar la acción de filiación contra los herederos del presunto padre o madre cuando éstos hayan fallecido antes del parto o, a más tardar, dentro de los ciento ochenta días siguientes al mismo, toda vez que este último requisito entraña una exigencia arbitraria que limita injustificadamente el derecho del hijo a reclamar su filiación y lo sitúa en una desventaja respecto de quienes su presunto padre efectivamente murió dentro de tal plazo. luego, la diferencia de trato frente a situaciones del todo similares –presuntos hijos que persiguen el reconocimiento de su paternidad- resulta evidente” y se opone al tenor del inciso segundo del artículo 195 del código civil, según el cual “el derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable, por lo que, a su juicio, el requerimiento debe ser acogido.

Que en cuanto a la impugnación de los artículos 206 del Código Civil y 5° transitorio de la ley n° 19.585 sosteniendo que su aplicación en el juicio de reclamación de maternidad que sustancia, vulneraría, además de la igualdad ante la ley, el artículo 5°, inciso segundo, de la ley suprema, en relación con los artículos 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; los artículos 3, 5.1, 11.1, 17 y 18 de la Convención ADH y los artículos 16, 17.1 y 24 del PIDCP, están por acogerla, tanto en relación con la expresión contenida en el artículo 206

del código civil –“dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto”- como respecto del inciso final del artículo 5° transitorio de la ley n° 19.585, porque, “en materia de acciones de filiación, la regla general está constituida por aquella acción que dirige el hijo contra el padre, madre o ambos, o bien, por éstos contra el hijo y sus padres aparentes. En consecuencia, el artículo 206 del código civil constituye una excepción a la regla general, pues permite dirigir la acción de reclamación del estado de hijo, ya no contra el padre o madre, sino contra sus herederos cuando uno u otro han fallecido y siempre que se cumpla alguno de los siguientes supuestos: a) que el hijo sea póstumo o b) que el respectivo progenitor haya fallecido dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. en ambos casos la acción podrá deducirse dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte, o si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad.”(stc rol n° 1340, considerando 14°); que, en tal sentido, útil es recordar que el artículo 206 del código civil se ubica dentro del párrafo 2 –“de las acciones de reclamación”- del título viii del libro i de dicho cuerpo normativo y que del artículo 195 del mismo Código se desprende que la reclamación de la filiación constituye un derecho, toda vez que dicha norma expresa, en su inciso segundo: “el derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable (...).”. así, la reclamación de la filiación constituye un derecho desde la perspectiva de posibilitar el legítimo ejercicio de las facultades que conlleva tal calidad. pero, también, constituye un derecho desde el momento en que permite acceder a la verdad biológica y, por ende, concretar el derecho a la identidad personal que esta magistratura ha definido como aquel que “implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a ser cuidada por ellos”. Ha agregado que “la

estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece.” (stc rol n° 1340, considerando 10°); En el considerando 21° señala que, a mayor abundamiento, el carácter de derecho esencial que emana de la naturaleza humana del derecho a la identidad personal –comprometido en el ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación- no puede ponerse en duda. desde luego, porque este mismo tribunal ha sostenido que “esta última expresión (que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana) significa que los hombres son titulares de derechos por el hecho de ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.” (stc rol n° 226, considerando 25°). Asimismo, porque no puede existir una facultad más ligada a la naturaleza humana que la necesidad de reafirmar el propio yo, la identidad y, en definitiva, la posición que cada quien ocupa dentro de la sociedad, lo que no puede limitarse a la sola inscripción del nombre y apellidos de una persona en el registro correspondiente.

De esta forma, y aún cuando se sostuviera que el reconocimiento del derecho a la identidad personal no encuentra sustento en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como la Convención ADH y el PIDCP, porque no lo mencionan en forma expresa, igualmente habría que reconocer que el ejercicio de la soberanía, por parte del legislador, se encuentra limitado por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como es el caso del derecho a la identidad personal. Precisamente ése es el sentido de lo afirmado por esta magistratura en orden a 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.” (stc roles n°s 834, considerando 22°, y 1340, considerando 9°). De esta forma puede afirmarse que el derecho a la identidad personal constituye un derecho implícitamente reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en base a lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, inciso segundo, y 19 n° 4° de la ley suprema, constituyendo un deber para los órganos del estado respetarlo y promoverlo.



## CAPÍTULO 5. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD REALIZADO POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA NACIONAL. ALGUNOS CASOS RELEVANTES

Los jueces del Poder Judicial Chileno han utilizado, -aunque de manera incipiente- el derecho convencional y el internacional de derechos humanos para proteger los derechos esenciales, cuando el sistema normativo interno no los resguarda debidamente. Para ello, a veces se ha utilizado la herramienta del control de convencionalidad y otras, sin denominación, se ha hecho uso del corpus iuris internacional. Empero, cualquiera sea el método, lo cierto es que el objetivo es el mismo, el de respetar los tratados internacionales vigentes y suscritos por Chile y el DIDH en los casos sometidos al conocimiento y resolución de dichos tribunales.

Con el fin de conocer como se ha abordado dicha obligación, se hace un estudio, sistematizado por materias y a través de los diferentes recursos procesales.

En cuanto a recursos de queja, amparo y protección, los requerimientos o demandas presentadas por los interesados o víctimas en relación a los fundamentos del corpus iuris internacional sobre derechos humanos, han sido utilizados tanto para reforzar sus argumentos, complementar el contenido o, derechamente, como derechos vulnerados por el derecho doméstico.

### 5.1. RECURSO DE QUEJA

Prisión por deudas: En el caso de Eduardo Lavados Valdés, recurso de queja conocido por la Excm. Corte Suprema, en sentencia de 25 de junio de 2001 se dictaminó que la exigencia del Art. 44 de la Ley de Cheques, que exigía una caución especial en relación al valor del cheque



para obtener la libertad provisional no era contraria a lo dispuesto en el Art. 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por cuanto no se trataba de una prisión por deudas, sino que de una simple condición legal para que los individuos privados de libertad, por delitos descritos en esa ley, puedan obtener su excarcelación asegurando de ese modo su comparecencia en el juicio<sup>135</sup>. Este criterio fue modificado posteriormente, estimándose que afectaba la citada disposición internacional.

## 5.2 RECURSOS DE AMPARO

Prisión por deudas: En materia de amparo constitucional, cuyo objeto es cautelar la libertad personal cuando está afectada o amenazada en forma ilegal o arbitraria, como lo señala el Art. 21<sup>136</sup> de la C. Pol. de

---

<sup>135</sup> SCS de 25 de junio de 1991, Cons. 6° "Que con fecha 5 de enero del presente año se publicó en el Diario Oficial el Decreto N° 873, que ordena cumplir en todas sus partes la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica". En lo que interesa examinar resulta que en el artículo 7° de ese pacto se consagra lo referente al derecho a la libertad personal, a la seguridad personal y sus garantías, y entre éstas, en lo que concierne a la prisión preventiva, en su numerando 5° ese precepto dispone, que toda persona detenida deberá ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe su proceso, y establece, además, que esa libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. Tal circunstancia y preceptiva, como puede apreciarse, encuentran también perfecta armonía con la normativa legal y constitucional nacional, analizada precedentemente. En el numerando 7° del comentado artículo 7° del "Pacto de San José", asegura el derecho de que nadie será detenido por deudas, pero tal norma no resulta contrariada por el artículo 44 de la Ley de Cheques, en cuanto a la caución que establece, desde que dada su naturaleza jurídica no se trata propiamente de la exigencia de una deuda civil sino que de una simple condición legal para que los individuos privados de libertad, por delitos descritos en esa ley, puedan obtener su excarcelación asegurando de ese modo su comparecencia en el juicio."

<sup>136</sup> C. Pol. 1980, Art. 21inc. 1°, "Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley,

1980, se ha invocado solamente como refuerzo de la petición por el recurrente, al señalar en su presentación que la orden de aprehensión infringe, además de las disposiciones legales y constitucionales internas, lo dispuesto en los Arts. 7.7 de la Convención ADH artículo 11 del PIDCP que prohíbe la prisión por deudas, indicándose en la parte considerativa de la sentencia de amparo rol 196-2011 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco<sup>137</sup>, que si bien se acogió la pretensión de amparo, dicha legislación no fue considerada en el razonamiento de la decisión, sentencia que es confirmada por la Corte Suprema, en causa rol N° 2042-11.

Deudas previsionales: Este caso se trata de una orden de apremio que afectaba a un empleador por no consignar las cotizaciones previsionales en la institución previsional, en virtud de lo dispuesto en el Art. 12 de la Ley N° 17.322, recurre de amparo ante la Corte de Apelaciones, la que acoge el recurso de amparo, dando preferencia a la

---

a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado.”. Agrega, en el inc. 3°, que “el mismo recurso, y de igual forma, podrá ser deducido a favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal o seguridad individual.”

<sup>137</sup> Termina señalando que la orden de arresto vulnera lo dispuesto en el Art. 32 de la Ley de Municipalidades, Art. 5° inc. 2° de la C. Pol de 1980 en relación a lo dispuesto en los Arts. 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, que prohíbe la prisión por deudas y Art. 11 del PIDCP, que señala que nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual. Agrega que también se infringe el Art. 19 N° 1 y 7 de la C. Pol de 1980 y que se vulnera además el principio de proporcionalidad de la medida, teniendo presente que el Municipio tiene bienes embargables, teniendo presente que no todos los bienes municipales son embargables. Por todo lo anterior pide que se acoja el recurso y se deje sin efecto la medida de arresto decretada.

aplicación del artículo 7° N° 7 de la Convención ADH en relación con el 5° de la CPR, por estimar que importaba una prisión por deudas<sup>138</sup>.

### 5.3. RECURSOS DE PROTECCION.

En materia de amparo constitucional de protección de algunos de los derechos establecidos en el Art. 19 de la Carta Fundamental, atendido que se trata de una acción cautelar destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos claramente preexistentes y no discutidos, cuyo objeto es evitar el daño que se pudiere originar, por actos u omisiones ilegales y arbitrarias respecto del legítimo ejercicio de derechos que se encuentran indubitados, no discutidos y que señala, taxativamente, el constituyente nacional en su Art. 20, se ha tenido en consideración los tratados internacionales en las mismas condiciones que

---

<sup>138</sup> SCS de 9 de mayo de 2005, rol 2066-2005. Atendido el mérito de los antecedentes y estimándose que el apremio decretado constituye una amenaza ilegítima a la libertad personal de la recurrente, ya que el pago compulsivo de una cotización previsional deriva de una actuación que importa una prisión por deuda que en nuestro sistema jurídico está proscrito, en atención a lo dispuesto en el artículo 7°, N° 7 del Pacto de San José de Costa Rica, en relación a lo establecido en el artículo 5° de la C. Pol. de 1980 de la República, se revoca la resolución apelada de dos de mayo del año en curso, escrita de fojas 8 a 10 y, en su lugar se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto a fojas 1, en favor de Wilfredo Antilef Sanhueza, debiendo dejarse sin efecto la orden de arresto despachada en su contra para el cobro de cotizaciones previsionales. Acordado contra el voto de los Ministros Sres. Segura y Rodríguez, quienes estuvieron por confirmar la referida resolución teniendo para ello, además, en consideración que el empleador es un mero retenedor de los fondos de los trabajadores cuya no integración en los organismos previsionales, por su gravedad, se asimila al delito tipificado en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, de manera que el apremio decretado no constituye una prisión por deuda. Consecuente con lo anterior estuvieron por remitir compulsas de las piezas pertinentes al Juez del Crimen que corresponde a fin de que investigue la posible comisión del referido delito.

la legislación constitucional interna, para resolver los casos conocidos jurisdiccionalmente.

De esta manera, en sentencia de 28 de enero de 2005, dictada en recurso de protección rol 1039-2005, conociendo del caso denominado "postinor-2", se rechazó la acción cautelar de proteger la vida del que esta por nacer, al estimar que no se encontraba demostrado que dicha píldora fuera abortiva.

Así ocurrió también en la causa rol 250-2009 de la Corte de Apelaciones de Concepción, que para resolver un recurso de protección en resguardo del derecho de propiedad, anuló una resolución de procedimiento del Juez Tributario, citando, en apoyo de su resolución, el corpus iuris internacional<sup>139</sup>. Si bien es efectivo que la Corte Suprema

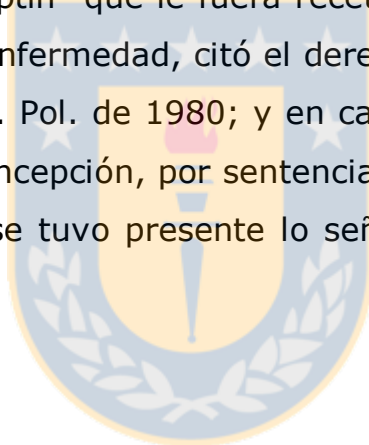
---

<sup>139</sup> SCA de Concepción, rol 250-2009. Cons. 5º: "Que la procedencia y extensión así reconocida para el recurso de protección es concordante con lo previsto en los siguientes Tratados Internacionales :a) La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que asegura a toda persona ser oída en condiciones de plena igualdad por el tribunal pertinente para la determinación de sus derechos y obligaciones (artículo 10).b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución Nº 2.200, el 16 de diciembre de 1966, suscrito por Chile en esa misma época y mandado a cumplir como ley de la República por decreto Nº 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, en cuando obliga a los Estados permitir a toda persona que sufra violación de sus derechos o libertades allí consignadas, el ejercicio de un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (artículo 2º, Nº 3, letra a), entre las que se encuentra la igualdad ante los tribunales y el derecho a ser oído con las debidas garantías por el tribunal competente en la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (artículo 14).c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, que reconoce que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido (.) que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (artículo 25), entre cuyos derechos se encuentra el derecho ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (artículo 8º, Nº 1). Si bien es efectivo que la Corte Suprema revocó la aludida

revocó la aludida resolución, por sentencia dictada en los autos rol 4610-1999, es destacable la cita de normas internacionales en apoyo de sus resoluciones que se hace por un tribunal de alzada.

En otra causa, la rol N° 558-2004 de la misma Corte de Apelaciones de Concepción, donde, para acoger la protección de las personas a un debido proceso, citó, además de las normas constitucionales, disposiciones de tratados internacionales<sup>140</sup>.

Para ampliar o complementar un derecho constitucional, se encuentra el caso de Patricia Vásquez con Fonasa<sup>141</sup> en que, para acceder a la obligación del organismo de Salud a proporcionarle el medicamento denominado "Herceptin" que le fuera recetado como medicamento para el tratamiento de su enfermedad, citó el derecho a la vida contemplado en el Art. 19 N°1 de la C. Pol. de 1980; y en caso de Juan Giacaman, en causa rol 558-2004 de Concepción, por sentencia de 23 de agosto de 2004, para acoger el recurso, se tuvo presente lo señalado en el Pacto Internacional



---

resolución, por sentencia dictada en los autos rol 4610-1999, es destacable la cita de normas internacionales en apoyo de sus resoluciones".

<sup>140</sup> SCA de Concepción de 23 de agosto de 2004, rol 558-2004. Cons. 22° "Que la C. Pol. de 1980 de la República establece que sólo corresponde a los tribunales de justicia las facultades de resolver los conflictos y de hacer cumplir lo resuelto. Para ello, dichos órganos del Estado deben respetar los derechos esenciales del ser humano garantizados por los tratados internacionales ratificados por nuestro país, en esa Carta y en las normas dictadas conforme a ella. Citas las disposiciones sustantivas de los artículos 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5, 6, 19 N° 3 y 24 y 20 de la C. Pol. de 1980 de la República para acogerla.

<sup>141</sup> Causa rol 7766-2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas<sup>142</sup>.

Ahora, en causas en que se utilizan como parámetro de legalidad los tratados internacionales, se encuentra la sentencia dictada el 21 de enero de 2009, en causa rol N° 1.705-2009 de Corte de Apelaciones de Temuco, en que cita la Ley Indígena N° 19.253 y el acuerdo 169 de la OIT para resolver un caso de medio ambiente<sup>143</sup>.

Además, en el Caso Alumnos de la Escuela Blanco Lepín con la Policía de Investigaciones, en causa rol 545-2010 de la Corte de Apelaciones de Temuco, se estimó que las consultas respecto de lugares o personas formuladas a menores de 10 años de edad carecía de racionalidad, por afectar la integridad psíquica de los niños interrogados, afectando los derechos establecidos en el inc.2º del Art. 5º de la C. Pol de

---

<sup>142</sup> SCA de Concepción de 23 de agosto de 2004, rol 558-2004. Cons. 5º "Que, por último, el Decreto Supremo N° 326, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 27 de mayo de 1989, promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969; que en su artículo 12 dispone: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: ... c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.". De conformidad a lo ya expresado en el motivo tercero, este Pacto y el derecho consignado precedentemente constituye uno esencial que emana de la naturaleza humana y como tal es deber del Estado respetarlo y promoverlo."

<sup>143</sup> SCA de Temuco de 21 de enero de 2009, rol 1.705-2009. Cons. 10º "Que se debe puntualizar que el Convenio 169- citado- sin duda viene a enriquecer la Ley Indígena 19.253, en efecto perfecciona y llena de contenido al artículo 34 de dicha ley puesto que, las consultas, según el convenio llevadas a cabo deben ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas. Características que ya destacó la sentencia del Tribunal Constitucional en el Rol 309-2000 considerando séptimo oración final."

1980, el Art. 24 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y los Art. 10 del Pacto de Derechos Civiles, Sociales y Culturales y Art. 3º de la Convención sobre Derechos del Niño<sup>144</sup>.

Debido proceso: caso en que un imputado había permanecido en prisión preventiva por más de nueve meses, acogándose el derecho de no permanecer en dicho estado más allá de un plazo razonable, que establece el Art. 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bale a un plazo razonable, acogiendo la jurisprudencia de la CIDH al respecto.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> SCA de Temuco en autos rol 545-2010: "Que, en efecto, en toda investigación las Policías deben actuar con estricta sujeción a los respetos y garantías de las persona; tanto de aquellos que son objeto de la misma en calidad de inculpados o imputados, cuanto –y con mayor razón- respecto de terceros ajenos a los hechos investigados; obligación que resulta tanto más perentoria si se trata de niños, como acontece en la especie, toda vez que aún cuando se trate de preguntas o requerimientos de antecedentes sobre personas o lugares, las mismas son susceptibles de causar trastornos y afectar a la integridad psíquica de los niños interrogados, atendida la calidad de policías de los requirentes y al actuar en su condición de tales en el marco de una investigación penal;7º.- Que las obligaciones anteriores de los funcionarios de la Policía de Investigaciones adquieren mayor fuerza por cuanto, tratándose de un órgano estatal, deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la C. Pol. de 1980 de la República así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes (inc.2º del Art. 5º de la Carta Fundamental). Por consiguiente, deben brindar protección a todos los menores sin discriminación alguna (Art. 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 10 del Pacto de Derechos Civiles, Sociales y Culturales). Del mismo modo, al proceder como lo hicieron, los recurridos no tuvieron presente lo dispuesto en el Art. 3º de la Convención sobre Derechos del Niño, que obliga a las instituciones públicas o privadas a tener como consideración primordial atender el interés superior del niño, asegurando la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar; y el Art. 19º del mismo instrumento internacional, que impone el deber de proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente o malos tratos.

<sup>145</sup> SCA de La Serena de 17 de febrero de 2004, rol 16-2004.



#### 5.4. CASACIÓN EN EL FONDO EN MATERIA PENAL.

La importancia de los tratados internacionales y los principios del derecho humanitario adquirieron presencia en Chile después del pronunciamiento militar ocurrido el 11 de septiembre de 1973, a raíz del cual resultaron 3.178 personas desaparecidas o ejecutadas y 27.255 torturadas, que sobrevivieron, según informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación<sup>146</sup> e informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura.

Como la vulneración de los derechos fundamentales se incrementa en estados de crisis, como la antes indicada, los tribunales debieron afrontar gran demanda de justicia, debiendo dilucidar, para investigar y sancionar a los responsables, varias situaciones jurídicas que han generado gran controversia doctrinaria y jurisprudencial, siendo, en especial, las siguientes:

- a) Aplicación del DL N° 2.191 de amnistía.
- b) Efectos del secuestro o desaparición forzada de personas.
- c) Si el DL N°5 de 12 de septiembre de 1973 configura un "estado o tiempo de guerra" interna en el país.
- d) Delitos de lesa humanidad.
- e) Imprescriptibilidad e inamnistiabilidad de la acción penal y de la pena en los delitos de secuestro y de lesa humanidad.
- f) Aplicación de la media prescripción o prescripción gradual como minorante de responsabilidad, en los delitos señalados anteriormente.

---

<sup>146</sup> Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Informe T. II, p. 881.



g) Cumplimiento interno de las sentencias dictadas por la CIDH en contra de Chile.

Veremos a continuación cada uno de estas materias, en sentencias relevantes:

#### 5.4.1. APLICACIÓN DEL DL 2.191 DE AMNISTIA

Es asunto aceptado y además comprobable empíricamente, que en la primera etapa del gobierno militar, entre 1973 y 1980, no tuvo aplicación el derecho internacional humanitario, fundamentalmente, porque se reconoció plena validez al DL N° 5 de 12 de septiembre de 1973, por el cual se declara que el estado de sitio decretado por conmoción interna debe entenderse "estado o tiempo de guerra" y otras disposiciones<sup>147</sup> y al DL N° 2.191 publicado en el D.O. el 19 de abril de 1978, que en su Art. 1° amnistió a los responsables de delitos cometidos

---

<sup>147</sup> DL N° 5. Declara que el estado de sitio decretado por conmoción interna debe entenderse "Estado o Tiempo de Guerra". Otras disposiciones. D.O. de 22 de septiembre de 1973. El texto es el siguiente: Vistos: Lo dispuesto en los decretos leyes N°s 1 y 3, de 11 de septiembre de 1973, y Considerando: a)La situación de conmoción interna en que se encuentra el país;b)La necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general;c)La conveniencia de dotar en las actuales circunstancias de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la ley N° 17.798 sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión;d) La necesidad de prevenir y sancionar rigurosamente y con la mayor celeridad los delitos que atentan contra la seguridad interior, el orden público y la normalidad de las actividades nacionales:La Junta de Gobierno ha acordado y dicta el siguiente Decreto ley: Art. 1°.- Declárase, interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general para todos los demás efectos de dicha legislación.Art. 2°.- Agrégase al artículo 281 del Código de Justicia Militar el siguiente inc.: "Cuando la seguridad de los atacados lo exigiere, podrán ser muertos en el acto el o los hechores".

desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1978<sup>148</sup>, incluyendo a las personas que a la fecha de vigencia del referido decreto ley se encontraran condenadas por tribunales militares con posterioridad al 11 de septiembre de 1973<sup>149</sup> y excluyendo a los responsables de algunos delitos graves<sup>150</sup>, específicamente, el homicidio del ex Ministro de Relaciones Exteriores don Orlando Letelier, ocurrido en Washington DC, Estados Unidos<sup>151</sup>.

Luego, la jurisprudencia fue evolucionando hacia la investigación de las causas antes de aplicar la amnistía o la prescripción, siendo esencial el carácter de efectos permanentes del secuestro o desaparición forzada de personas, cuyos cuerpos no habían aparecido o no se tenía noticias de su paradero.

Al respecto, una de las sentencias pioneras fue la dictada por el juez de letras de Lautaro, don Cristian Alfaro Muirhead, en causa rol

---

<sup>148</sup> DL 2.191 Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala. Publicado en D.O. de 19 de abril de 1978. "Art. 1°. Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas."

<sup>149</sup> Art. 2°- Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973.

<sup>150</sup> Art. 3°- No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1°, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario.

<sup>151</sup> Art. 4°- Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1°, las personas que aparecieran responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc.

37.860<sup>152</sup>, en la que desechó la amnistía y la prescripción de los delitos de sustracción de menor y secuestro, porque tratándose de delitos de efectos permanentes y, al no aparecer las personas o sus cuerpos más allá del período que cubría la amnistía, hasta el 10 de marzo de 1978, condenó a dos personas como autores de los referidos ilícitos, fallo confirmado por la Corte de Apelaciones de Temuco y rechazadas las casaciones deducidas por la defensa de los condenados ante la Excma. Corte Suprema<sup>153</sup>.

En el mismo sentido, y abriendo un sendero mayor en la investigación de delitos por violación de derechos humanos, dando aplicación a los tratados internacionales, está la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>154</sup> que, confirmando la resolución del tribunal de primer grado que no hizo lugar a la petición de sobreseimiento definitivo presentada por el imputado Osvaldo Romo como autor de los secuestros de Bárbara Uribe y Edwin Van Jurick, argumentando que era improcedente la aplicación del DL 2.191 de amnistía por ser contrario a lo dispuesto en el Art. 148 del Convenio IV° de Ginebra, según el cual los Estados partes no pueden auto exonerarse de los delitos que constituyen infracciones graves a la Convención, los que además son imprescriptibles porque también infringe lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la tortura, tratos crueles o degradantes y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si bien la Corte Suprema acogió un recurso de queja y revocó el aludido fallo, es del caso resaltar la importancia del primer fallo de un tribunal superior que acoge los tratados internacionales en resguardo de los derechos humanos en relación con el DL de Amnistía, negando efectos liberatorios de responsabilidad en crímenes de lesa humanidad.

---

<sup>152</sup> Sent. Juzgado de Letras de Lautaro en causa rol 37.860.

<sup>153</sup> SCS el 19 de agosto de 1998.

<sup>154</sup> SCA de Santiago en autos rol 638-21994.

Por su parte, el 9 de septiembre de 1998, la Excma. Corte Suprema dicta sentencia en la causa rol 469-1998 que ordenó reabrir el sumario que se había cerrado por la justicia militar porque aplicó el DL de Amnistía y dispuso diligencias, sosteniendo que para poner término mediante sobreseimiento a una causa, deben establecerse las circunstancias de desaparición de la víctima y determinar la identidad de los responsables. Además, hace aplicación a estos hechos lo dispuesto en los tratados internacionales<sup>155</sup>, en especial la Convención de Ginebra de

---

<sup>155</sup> SCS de 9 de septiembre de 1998 rol 469-1998, en su Cons. 6° "que si bien el sobreseimiento puede ser dispuesto en cualquier estado del juicio, especial exigencia recae sobre el que tiene el carácter de definitivo en orden a que se encuentre agotada la investigación, según se dijo precedentemente, en los términos que exigen los artículos 76 del Código del ramo y 127 del Código de Justicia Militar. De tal modo podrá suspenderse la tramitación del juicio al no poder avanzar en las diligencias, pero en ningún caso disponer el término prematuro de las mismas con un efecto absoluto que impida realizar nuevas averiguaciones, desde el momento que la sentencia que así lo decida produce acción y excepción de cosa juzgada; Considerando 8°: Que ello se sigue que para aplicar la amnistía, debe estar igualmente determinada la persona del delincuente en forma clara e indubitada, única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los sucesos investigados; concluyéndose de lo razonado que al aplicar una causal de extinción de responsabilidad penal que, de acuerdo a los antecedentes expuestos no está llamada a decidir el pleito, se ha incurrido en un nuevo error de derecho por los magistrados del fondo; Considerando 9° Que, en el siguiente punto a considerar, ha de tenerse presente que luego del 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas destituyeron al gobierno y asumieron el poder, el que expresaron comprendía el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo; se dictó así por la Junta de Gobierno, a la sazón, el 12 de septiembre de 1973 el Decreto Ley N° 5, que en su artículo 1° declaró interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar y estableció que el estado de sitio decretado por conmoción interna (situación que regía al 19 de julio de 1974), debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación. Y entre esta última indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial de 17 al 20 de abril de 1951, que en su artículo 3° (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario incluso de

---

contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal. Asimismo, ese Instrumento Internacional consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio adrede, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o la salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima;

10° Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso en los citados Convenios la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado el disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias ha reconocido "Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los 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" (Fallos del Mes N° 446, Sección Criminal, página 2066, considerando 4°): En tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional los Tratados Internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados; de lo que se colige que el Derecho Interno debe adecuarse a ellos y el legislador conciliar las nuevas normas que dicte a dichos instrumentos internacionales, evitando transgredir sus principios, sin la previa denuncia de los Convenios respectivos; 11° Que, en otra perspectiva, ha de considerarse que se dio comienzo a la perpetración de los

1949, respecto del tratamiento de las personas en tiempos de guerra o conmoción interna, y lo expresado en el Art. 5° de la C. Pol de 1980, en que la soberanía del Estado reconoce como límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que pueden disponer las autoridades del Estado, incluido el Poder Constituyente. Ésta es la primera sentencia del máximo tribunal del país que reconoce la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos por violaciones cometidas en el gobierno militar.

En sentencia de última data, el 7 de marzo de 2012<sup>156</sup>, la Excma. Corte Suprema mantiene su posición doctrinaria, señalando, en el motivo "Décimo: Que en ejercicio de su soberanía, nuestra Nación puede amnistiar los delitos que se cometan y estén sometidos a su potestad. Empero, si ha limitado su propio poder respecto de ciertos ilícitos en un compromiso internacional, no puede sobrepasar dicho límite auto impuesto y contrariar, de este modo, el orden nacional y universal, ni menos burlar los mencionados Convenios, que mediante su suscripción y ratificación, adquirieron efectos plenamente vinculantes. Queda, por tanto, excluido el incumplimiento de las obligaciones asumidas, sin previa denuncia de aquellos instrumentos, resultando inadmisibles que contraídas tales obligaciones de persecución penal y juzgamiento, se trate luego de eludir su acatamiento invocando la legislación nacional ordinaria.

En esta perspectiva, la amnistía concedida por el Decreto Ley N° 2.191, puede ser claramente entendida como un acto de auto exoneración

---

hechos el 19 de julio de 1974, ignorándose hasta esta fecha el destino y paradero de Pedro Poblete Córdova, por lo que es posible que el o los ilícitos que hubieren de establecerse excedieran el ámbito temporal y sustantivo de aplicación de Decreto Ley 2.191.

<sup>156</sup> SCS de 7 de marzo de 2012, en autos rol N° 5720-2010.

de responsabilidad criminal por graves violaciones a los derechos humanos - entre ellas, el homicidio en todas sus formas - puesto que se dictó con posterioridad al compromiso acordado y después de la perpetración de los hechos, garantizando de esta manera la impunidad de sus responsables, lo que conculca gravemente el artículo 148 del IV Convenio de Ginebra; en tal virtud, no cabe aceptar esa auto exoneración en el caso de tales reprochables contravenciones a la tutela de los derechos fundamentales de la persona, cometidas durante la vigencia de la normativa citada.

Los principios de acuerdo a los cuales se consagran la imprescriptibilidad de tales delitos, la imposibilidad de amnistiarlos y el establecimiento de circunstancias excluyentes de responsabilidad, que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables, determinan que los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional; de este postulado se sigue que de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Carta Fundamental, prevalecen sobre el orden jurídico interno, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan, siendo, por tanto, una normativa a invocar por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales del individuo.

El legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y, si bien podría dictar una ley en tal sentido, prescribiendo disposiciones contrarias a ese compromiso o que hiciesen imposible su cumplimiento, tal acto del órgano legislativo importaría una contravención al ordenamiento internacional. No puede ser de otra manera, en especial respecto a los tratados en materia de derechos humanos, ya que "éstos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídicos



bilaterales o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los Estados Partes sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el sólo hecho de ser persona, constituyendo este reconocimiento una autolimitación de la soberanía. No pueden, por tanto, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de derechos humanos, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos” (Humberto Nogueira Alcalá, “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 20, Nos. 2 y 3, Tomo II, mayo-diciembre 1993, p. 887).”. Luego, en el motivo undécimo, reitera su posición, señalando, que “Undécimo: Que, a partir de la consideración de determinados hechos como crímenes de lesa humanidad, cada Estado miembro de la comunidad internacional contrae la obligación de juzgar y castigar a sus responsables, en tanto agresores de valores que la humanidad no duda en calificar como esenciales y constitutivos de la persona. En consecuencia, por su incompatibilidad con instrumentos internacionales que obstan a la dictación de una normativa que pretenda impedir la investigación de violación a los derechos humanos fundamentales y la sanción de los responsables de tales ilícitos, textos legales como el Decreto Ley 2.191 carecen de efectos jurídicos. (Entre otros fallos, SCS, 13.08.2009, Rol N° 921-09; SCS, 24.09.2009, Rol N°8113-08; SCS, 29.09.2009, Rol N° 3378-09; SCS, 20.02.2010, Rol N° 1369-09; SCS, 14.04.2009, Rol N° 5279-09).”.



#### 5.4.2. EFECTOS DEL SECUESTRO O DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.

En la misma línea anterior, el máximo tribunal judicial del país dicta sentencia de 7 de enero de 1999, en los autos rol 248-98, conocido como "Episodio Parral"<sup>157</sup>, expresando que no es aplicable el DL sobre amnistía, porque el secuestro es un delito de carácter permanente y por consiguiente sus efectos se han extendido más allá del tiempo que comprende el referido cuerpo legal.

Como lo sostiene doña Karinna Fernández Neira<sup>158</sup>, abogado del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, en el año 2010, en un artículo sobre la jurisprudencia chilena sobre violación de derechos humanos en el Gobierno Militar, a contar del año 1998 se produce un nuevo escenario, con la referida jurisprudencia, que reconoce la aplicación interna del derecho internacional humanitario, como asimismo, con la presentación de 17 querellas en el curso del año 1998 en contra del General Pinochet por los delitos cometidos en su gobierno militar, del cual era Presidente, entre ellos el de asociación ilícita, la que fueron acumuladas y dan origen al emblemático proceso 2.182-1998, que corresponden a los grandes episodios como Operación Cóndor, Calle Conferencia, Villa Grimaldi y Operación Colombo, ilícitos cometidos a través de todo el país, designándose por la Corte de Apelaciones de

---

<sup>157</sup> Secuestro de 26 personas y la sustracción de un menor.

<sup>158</sup> Fernández Neira, Karina: "Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar". En Rev. Estudios constitucionales, año 8, n° 1, Univ. De Talca, 2010, pp. 467-488.

Santiago para su conocimiento al Ministro de Fiero don Juan Guzmán Tapia<sup>159</sup>.

Agrega, que el 16 de octubre de 1998 fue detenido el referido ex presidente en Londres, por orden de un tribunal español, oportunidad en que el Estado de Chile reclamó su traslado al país para ser enjuiciado por las leyes del Estado Chileno, indicando que los Tribunales tenían la capacidad y la voluntad de juzgarlo, lo que se acreditaba con la existencia de las querellas referidas.

También, entre los años 1999 y 2000 funcionó la Mesa de Diálogo, aunque con mínimo resultado.

En el año 2001, la Excma. Corte Suprema designó 9 jueces de dedicación exclusiva para conocer de 49 causas por detenidos desaparecidos y 51 jueces para que prestaran atención preferente respecto de otros 64 procesos. Finalmente, en el año 2005 la Corte Suprema redistribuye las causas de derechos humanos, radicándolas exclusivamente en ministros de cortes de apelaciones de todo el país, las que debieron designar al o los ministros para su conocimiento.

En este contexto, el 17 de noviembre de 2004 se dicta la sentencia de 17 de noviembre de 2004, en los autos rol 517-04 por el secuestro calificado de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, cuya importancia radica en que los hechos que configuran en nuestro derecho el delito de secuestro calificado contemplado en el Art. 141 del Código Penal se equipara al ilícito internacional de desaparición forzada de personas<sup>160</sup>,

---

<sup>159</sup> Procesos que luego fueron desglosados en varios procesos, manteniendo el rol, pero asignados a distintos ministros, algunos fallados y otros se mantienen en tramitación.

<sup>160</sup> SCS 17 de noviembre de 2004, rol 517-04: "TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, por otra parte y a mayor abundamiento, el delito de secuestro que afecta hasta el presente a Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, y que se encuadra en el artículo 141 del Código Penal, corresponde, además, al delito descrito en el artículo II, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita

dando aplicación a un estatuto legal que no había sido ratificado por Chile y que se encontraba vigente a la fecha de comisión de los hechos, declarando improcedente la aplicación de la amnistía, al no haberse establecido los presupuestos legales que la hacen procedente<sup>161</sup>. En la misma línea jurisprudencial, la Corte Suprema estimó que no es aplicable la prescripción de la acción penal, atendida su calidad de delito de secuestro, por su carácter de efectos de ejecución permanente, no se encuentra consumado a la fecha de expiración del período que cubre el DL de amnistía, el 10 de marzo de 1978<sup>162</sup>, y la preeminencia de aplicación de

---

en Belén de Pará, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, la que ya entró en vigencia internacional, el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, al ser ratificada por varios Estados latinoamericanos.”

<sup>161</sup> SCS de 17 de noviembre de 2004, rol 517-04: “TRIGÉSIMO: Que en lo que guarda relación con el primero de estos tópicos, es del caso expresar que la amnistía se encuentra regulada en el artículo 93, N° 3º, del Código Penal, el que prescribe que la responsabilidad criminal termina: 3º Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos. A pesar que la generalidad de la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances de la amnistía son mayores a los que del propio texto legal emanan, llegando inclusive a señalarse que esta hace nula la aplicación de las leyes, echando el velo de eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan al orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado (Rafael Fontecilla R., Ob Cit. Pág. 133), no es posible, al parecer de esta Corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos ello al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio. De esta manera, no parece razonable que se invoque la aplicación de la amnesia u olvido cuando en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración.”

<sup>162</sup> SCS de 17 de noviembre de 2004, rol 517-04: “TRIGÉSIMO TERCERO: Que, se ha argumentado reiteradamente que el delito cometido en contra de Sandoval Rodríguez no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que él esté todavía con vida, privado de libertad, sino que, por el contrario, todos piensan que está muerto. Ahora bien, aunque esta última suposición pudiere ser verdad, ello nada dice en contra de la posibilidad de configurar el delito de secuestro, pues lo que no se ha probado en autos es que Sandoval Rodríguez haya sido muerto inmediatamente después de su detención y encierro sin derecho y, lo que es aún más importante, que su deceso, en el supuesto de haberse producido, haya sido

los Convenios de Ginebra, al señalar en el Cons. 35° de la referida sentencia de la Excma. Corte Suprema de 17 de noviembre de 2004, que “el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido 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.

---

anterior a la fecha en que se dictó el D. L. 2191, sobre amnistía, único caso en que los procesados podrían intentar invocar esta última. En otras palabras, si bien el Decreto Ley en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el delito de autos comenzó a perpetrarse el siete de enero de mil novecientos setenta y cinco y desde el veintiuno de enero del mismo año no se tuvieron más noticias de la víctima, existiendo certeza de que al diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, fecha de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1º del D.L. 2191, Sandoval Rodríguez no había aparecido y no se tenían noticias de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte, sea ésta provocada por los secuestradores o por otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el periodo de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal.”

En sentencia más reciente de 7 de mayo de 2012<sup>163</sup>, se estableció que “los ilícitos permanentes son aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptible de ser prolongado, como en el caso del secuestro, en que el agente encierra o detiene a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero ese encierro o detención puede perdurar más o menos según la voluntad del hechor.”, agregando que, en este caso “el sujeto activo que incurre en el injusto comienza realizando una acción que el artículo 141 del Código Penal describe como encerrar o detener, creando así una situación indeseada para el ordenamiento jurídico, ya que afecta, lesionándolo, el bien jurídico libertad personal ambulatoria del sujeto pasivo -objeto material del mismo- y esta situación se prolonga, permanece, perdura en el tiempo por voluntad del sujeto activo, debido a que éste, en el caso concreto, pudiendo hacerla cesar, no lo hace, de modo que al ocurrir esto último incurre en omisión, permaneciendo en la realización del delito”; que en tal caso “la cesación de ese estado puede o no depender de la voluntad del hechor (artículo 142 bis del Código Penal), aunque también puede producirse por obra de terceros (liberación), del propio ofendido (fuga) o por otras causas (muerte de la víctima), nada de lo cual se ha acreditado durante el curso de las indagaciones desplegadas, de suerte que se ha establecido el hecho del secuestro y que éste se ha prolongado por más de noventa días sin que se tengan noticias ciertas del paradero de los afectados o de sus restos, en el evento de haber fallecido. Agrega, en el considerando sexto que “entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes -hace perdurar la flagrancia, torna viable un legítima

---

<sup>163</sup> SCS de 7 de mayo de 2012, causa rol 2661-2012.

defensa por parte de la víctima o de extraños, excluye el encubrimiento pues cualquier cooperación con los delincuentes opera sólo a título de coautoría o complicidad-, resalta aquella en que el plazo de la prescripción recién se inicia cuando ha cesado la prolongación del resultado.” Agrega, que al no establecerse el fin del secuestro, “mal puede computarse la media prescripción de la acción penal si no consta la cesación del delito, sea por haber quedado en libertad los ofendidos o por existir señales positivas y ciertas del sitio en que se encuentran sus restos y la fecha de su muerte, de haber ocurrido ésta. Refiere, en el considerando octavo, que “este mismo parecer ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de este tribunal, recientemente, en la causa Rol N° 288-12, de 24 de mayo pasado, se argumentó que “atendida la naturaleza de permanente del delito que ha quedado establecido, se carece de un hecho cierto para precisar el comienzo del término necesario para la prescripción, que ha de contarse desde el momento de consumación del delito, conforme lo dispone el artículo 95 del Código Penal, lo cual no se ha dado en el tiempo por la situación señalada. La disposición del artículo 103 del estatuto punitivo gira en torno al “tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena”, cuya mitad debe haber transcurrido. Este decurso de un plazo, ha de tener, ya que de otra manera no puede contarse hacia adelante, un momento fijo de inicio, de comienzo, por lo que en un delito cuya agresión al bien jurídico tutelado perdura y se extiende hasta que no se produce determinado evento, tal precisión es imposible”. (En el mismo sentido, SCS Rol N° 4531-08, de 25 de marzo de 2009; SCS Rol N° 874-08, de 27 de enero de 2009; SCS Rol N° 1198-10, de 20 de diciembre de 2010)”.

#### 5.4.3. DL 5 DE 1973 "ESTADO O TIEMPO DE GUERRA".

En este sentido la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema de no aplicar el DL de amnistía como tampoco acceder a la prescripción de la acción penal se ha mantenido, salvo excepciones, por diferente composición de la Sala de Ministros, en que se ha reconocido la prescripción de la acción penal, como ocurrió en la sentencia de 4 de agosto de 2005, dictada en los autos rol 457-05 por secuestro calificado de Ricardo Rioseco Montoya y Luis Cotal Álvarez, en la cual se acogió un recurso de casación, sosteniendo que después del 11 de septiembre de 1973 en Chile no existió un conflicto armado no internacional<sup>164</sup>, y por lo

---

<sup>164</sup> SCS de 4 agosto de 2005, causa rol 457-05. Cons. 7º: "Que, el D.L. 5, de 1973, publicado en el Diario Oficial de 12 de Septiembre de 1973, invocado por los sentenciadores para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa Chile se encontraba en estado de guerra interna, se dictó para los efectos de aplicar la penalidad de estado o tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en gen eral, para todos los efectos de dicha legislación. Para dictar el mencionado Decreto Ley se tuvo en consideración que: (a) en el país existía una situación de conmoción interna; (b) que se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general, que era necesario reprimir en la forma más drástica posible; y (c) que era conveniente, en esas circunstancias, dotar de mayor arbitrio a los Tribunales Militares en la represión de algunos de los delitos de la Ley 17.798, sobre Control de Armas, por la gravedad que invisten y la frecuencia de su comisión. De lo expresado en sus considerandos se infiere que en la época en que se dictó el D.L. 5, esto es, al día siguiente de la llegada al poder de la Junta de Gobierno, se estaban cometiendo acciones en contra de la integridad física de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general y que se estaban cometiendo con frecuencia graves delitos tipificados en la Ley de Control de Armas. Sin embargo, la ocurrencia de tales acciones, cuya veracidad no está en duda, no es, a juicio de estos sentenciadores, suficiente razón para tener por establecido que en Chile existía un conflicto armado no internacional, en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra de 1949, el día 5 de Octubre de 1973, fecha en que se perpetraron los hechos investigados. En efecto, no se ha acreditado ni tenido por establecido en autos que en la fecha señalada existía en Chile una oposición entre dos fuerzas



tanto no procede aplicar la Convención de Ginebra, en el Cons. 8º del mismo fallo<sup>165</sup>, como tampoco los otros tratados internacionales sobre derechos humanos, como se indica en el Cons. 9º<sup>166</sup>, declarándose prescrita la acción penal, y absuelve a los imputados.

---

armadas o bien entre las fuerzas armadas de Chile y uno o más grupos armados que no reconocían la autoridad de la primera y que estaban bajo el mando de una autoridad responsable, que ejercía dominio o control sobre una parte del territorio chileno, lo que le permitía realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones de derecho humanitario. Tampoco se ha acreditado en autos que el 12 de septiembre de 1973 existía en Chile la rebelión militarizada capaz de provocar el estado de guerra interno, situación que ni siquiera se mencionó en los considerandos del aludido D.L. 5, de 1973.”

<sup>165</sup> SCS de 4 agosto de 2005, causa rol 457-05. Cons. 8º) Que, el D.L. 5, de 1973 es claramente insuficiente para acreditar la existencia de los presupuestos fácticos señalados en las motivaciones 6 y 7 precedentes y, dado que ellos no se tuvieron por establecidos de otro modo, no es posible sostener que en Chile existía un conflicto armado no internacional el 5 de Octubre de 1973, razón por la que debe concluirse que los sentenciadores cometieron error de derecho al aplicar los Convenios de Ginebra de 1949 al caso sub-lite.

<sup>166</sup> SCS de 4 agosto de 2005, causa rol 457-05. Cons. 9º a 14º: “Que, aún en el evento de que se estimare aplicables los Convenios de Ginebra, de 1949, lo previsto en los artículos 147 y 148 del Convenio IV, invocados por los sentenciadores para no aplicar las causales de extinción de responsabilidad penal invocadas por el condenado, no contienen prohibición alguna al respecto. En efecto, el artículo 148 del aludido Convenio dispone que ninguna Alta Parte contratante tendrá la facultad para autoexonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente, norma que ha sido interpretada en el sentido de que el Estado que cometió la ofensa grave, que es responsable de compensar económicamente los daños producidos, sigue siendo responsable de ello aunque no haya castigado a quien efectivamente cometió la infracción y que le está vedado a los Estados pactar renuncias o liberaciones a dicha obligación de pagar compensaciones económicas en los tratados de paz que suscriban. 10º) Que, la segunda razón invocada por los sentenciadores para rechazar la aplicación de la prescripción de la acción penal invocada por el condenado es la aplicación del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, (PIDCP) convención internacional que Chile suscribió el 16 de diciembre de 1966, depositando su instrumento de ratificación el 10 de febrero de 1972 y que fue mandado cumplir y llevar a efecto como ley de la República por D.S. 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 30 de noviembre de



---

1976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989. La convención entró en vigor el 23 de marzo de 1976, conforme a lo previsto en el artículo 49 de la misma; en consecuencia, a la fecha de comisión de los hechos investigados, el PIDCP aún no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en el artículo 49 del mismo, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, publicándose en el Diario Oficial el correspondiente decreto. 11º) Que, los sentenciadores han establecido, además, que en virtud de la aplicación del PIDCP, los hechos investigados en esta causa deben ser calificados como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, que son imprescriptibles, conforme a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. La sentencia omite señalar cuáles son los criterios que los sentenciadores emplearon para determinar que los hechos investigados en esta causa eran crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, conceptos no definidos en el PIDCP. También omitieron señalar dónde y cómo constan los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional con anterioridad al 5 de octubre de 1973, que impiden aplicar las normas generales de prescripción de la acción penal a tales ilícitos. 12º) Que, en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución Nº 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, conforme a lo previsto en el artículo 8.1 de la misma, contiene en su artículo 1º la definición de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y establece su imprescriptibilidad, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. La referida Convención no ha sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha, en consecuencia, no era aplicable ni a la fecha de comisión del ilícito ni en la actualidad y, por tanto, no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal. 13º) Que, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, contenido en el acta final de la conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional y en el acta de rectificación del estatuto original de la Corte Penal Internacional de 10 de noviembre de 1998, contiene en sus artículos 7 y 8 las definiciones de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra, respectivamente, y en su artículo 29 establece que los crímenes de competencia de la Corte, entre los que se incluyen los antes nombrados, son imprescriptibles. El Estatuto de Roma no ha sido aprobado por Chile, en consecuencia, no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos investigados, ni lo es ahora, por tanto no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal. 14º) Que, conforme a lo previsto en el artículo 95 del Código Penal, el término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito, esto es, el 5 de octubre de 1973 y, puesto que en

Tal criterio se ha mantenido hasta ahora, para lo cual basta citar la sentencia de 2 de diciembre de 2011<sup>167</sup>, que sostuvo en su considerando "UNDÉCIMO: Que en tales condiciones este tribunal sólo puede colegir que en la época en que ocurrieron los acontecimientos que dan origen a este pleito, el territorio nacional se encontraba en la realidad y jurídicamente en estado de guerra interna. Razón suficiente para tener por establecido que en Chile existía un "conflicto armado no internacional", en los términos del artículo 3 común para los Convenios de Ginebra, pues sus disposiciones no son sino la afirmación, cada vez renovada, que las víctimas de conflagraciones armadas son antes que todo seres humanos y ni siquiera la guerra, puede privarlos del mínimo que el respeto por el individuo exige. Por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables los responsables de determinados ilícitos, no es posible admitir que el poder pueda ejercerse sin restricción alguna o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus fines, sin sujeción al

---

autos no hay evidencia alguna de que el procedimiento se haya dirigido en contra del responsable antes del 8 de abril de 1999, fecha en que se interpusieron las querellas de fs. 1 y 76, debe forzosamente concluirse que la responsabilidad de Joaquín León Rivera González derivada de los homicidios reiterados perpetrados en perjuicio de Ricardo Rioseco Montoya y de Luis Cotal Alvarez se encuentra extinguida por la causal contemplada en el N° 6 del artículo 93 del Código Penal, esto es, por prescripción de la acción penal, norma que, como ha quedado dicho, no había sido ni expresa ni tácitamente derogada ni modificada por ley ni tratado internacional alguno, que Chile haya aprobado y ordenado cumplir como ley de la República, antes de la comisión de los hechos investigados ni durante el transcurso del plazo de prescripción de la acción penal intentada. Dicha conclusión permanece inalterada incluso si se considera que existen evidencias en autos de que, desde el año 1990 se ejecutaron distintas acciones ante los tribunales tendientes a perseguir a los responsables y a ubicar los cuerpos de las víctimas, toda vez que, aunque se pudiese interpretar que tales actos ejecutados ante los tribunales, eran suficientes para interrumpir el plazo de prescripción, ellos fueron ejecutados en 1990, esto es, 17 años después de cometido el delito

<sup>167</sup> SCS de 2 de diciembre de 2011, dicta en autos rol N° 3680-2011.

derecho o a la moral. En definitiva, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.”.

#### 5.4.4. DELITOS DE LESA HUMANIDAD.

La sentencia de la CIDH de 26 de septiembre de 2006 en el caso Almonacid Arellano, en que se determinó que los delitos de lesa humanidad eran inamnistiables e imprescriptibles, vino a reforzar la posición jurisprudencial, ampliamente mayoritaria en tal sentido.

Confirmando lo anterior, la sentencia de 13 de diciembre de 2006 pronunciada en los autos rol 559-2004, conocido como el caso “Molco”, la Excm. Corte Suprema declaró la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, haciendo aplicación del derecho internacional consuetudinario, invocando la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, señalando en el Cons. 17º: “Que, conforme a una fórmula reconocida por la Comisión Internacional de Justicia de Naciones Unidas, el Derecho Convencional puede tener efecto declarativo, cristalizador o generador de normas consuetudinarias. El primero de estos efectos se genera cuando el tratado se comporta como la expresión formal de normas consuetudinarias preexistentes sobre la materia, limitándose por tanto su rol a la constatación de la existencia de la norma y la fijación de su contenido. Las disposiciones convencionales que cumplen con la fórmula descrita, obligan internacionalmente, con independencia de la entrada o no en vigor del texto que las contiene y aun respecto de Estados que no forman parte del tratado. Es en virtud de esta eficacia declarativa que la mentada Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad, la que da cuenta de esa característica que justificó por lo demás la condenación de abominables crímenes cometidos por los jefes nazis incluso antes de quedar

definido, en 1.945, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg- representa una costumbre internacional vinculante, aplicada ya desde casi 30 años antes de los sucesos pesquisados en este juicio, lo que confiere a dicha fuente del derecho internacional la duración que le proporciona sustento como elemento material suficiente de la misma.” Además, se refirió a la diferencia entre derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos, aunque están relacionados<sup>168</sup>.

Asimismo, reconoce que el derecho internacional consuetudinario se incorpora inmediata y automáticamente, con una jerarquía preeminente a la legislación interna del Estado, como se indica en la SCS de 13 de diciembre de 2006, causa rol N° 559-2004, Cons. 28° “Que, igualmente, la exoneración de responsabilidades en virtud del instituto de la prescripción extintiva, con arreglo al Código Penal, contraviene -como lo plantea la recurrente de casación- la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita el 22 de noviembre de 1.969, cuyo texto fue aprobado por DS N° 873, de 23 de agosto de 1.990, publicado en el D.O. de 5 de enero de 1.991, en particular su Art. 1°, que obliga a los Estados Partes a respetar los derechos reconocidos en

---

<sup>168</sup> SCS de 13 de diciembre de 2006, causa rol N° 559-2004. Cons. 5° “Que el Derecho Internacional Humanitario constituye un conjunto de normas que, por razones humanitarias, trata de limitar los efectos de los conflictos armados, dispensando protección a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra. Esta rama del Derecho Internacional está integrada por acuerdos firmados entre Estados “denominados Esta rama del Derecho Internacional está integrada por acuerdos firmados entre Estados “denominados tratados o convenios- y por el derecho consuetudinario internacional, que se compone a su vez de la práctica de los Estados, que éstos reconocen como obligatoria, así como por principios generales del derecho. Aunque algunas de sus normas son similares, el Derecho Internacional Humanitario se ha desarrollado históricamente en forma separada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que no es obstáculo para que puedan aplicarse en ocasiones en forma simultánea, a través de un proceso de convergencia progresiva, tanto normativa como hermenéutica.”

ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio, entre los cuales aquéllos “ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter” anteriores a su vigencia, según refiere el Art. 2º.

El status de imprescriptibilidad del ilícito motivo de esta causa ya se encontraba consagrado con anterioridad a la Convención del modo descrito en la ponderación precedente, por lo cual su desconocimiento implica también vulneración de esta última, que corresponde aplicar de modo preferente, por incidir en un tema propio del derecho internacional de los derechos humanos, sin que obste a ello la circunstancia de haber dejado el Gobierno de Chile constancia de que el reconocimiento de competencia de la Comisión y de la CIDH se refiere “en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1.990” (Declaración signada iii), toda vez que tal “declaración”, no constitutiva de “reserva”, sólo importa una limitación temporal de la competencia “ratione temporis” de los órganos integrantes de la jurisdicción internacional y, ciertamente, no incide en la jurisdicción de los tribunales nacionales que, a contrario sensu, sí podrían conocer de esas situaciones, anteriores a la data especificada. En consecuencia, al extender a los procesados la causal de extinción de responsabilidad penal de la prescripción, conforme a los Arts. 93, Nº 6º y 94 del Código Penal, en su relación con el Art. 433, Nº 7º del Código de Procedimiento Penal, el sentenciador hizo una falsa aplicación de esta preceptiva, con infracción de los Arts. 1º y 2º de la citada Convención Americana, que excluyen la procedencia de la señalada causal excluyente de responsabilidad, y que debieron recibir aplicación preferente”. En este mismo sentido se había pronunciado la Corte Suprema en sentencia de 18 de enero de 2004, en causa rol 2666-04, caso de homicidio calificado de José Matías Ñanco, en que reconoció que “debe tenerse presente también la llamada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa

Humanidad de 1968, que aunque no ha sido ratificada por Chile, surge en la actualidad con categoría de norma de ius cogens o principios generales del derecho internacional”<sup>169</sup>.

En sentencia de 7 de marzo de 2012<sup>170</sup>, en el considerando noveno, la Excm. Corte Suprema reitero que “se denominan crímenes de lesa humanidad aquellos injustos que no sólo contravienen los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que al mismo tiempo suponen una negación de la personalidad moral del hombre, que se manifiesta, como caso extremo, cuando se mira al individuo como una cosa. De modo tal, que para la configuración de estos ilícitos existe una íntima concordancia entre los delitos de orden común y un valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de esta figura es la forma cruel y bestial con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se oponen de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente.

---

<sup>169</sup> SCS de 18 de enero de 2004, en causa rol 2666-04. Cons. 17° “Que, debe tenerse presente también la llamada Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, que aunque no ha sido ratificada por Chile, surge en la actualidad con categoría de norma de iuscogens o principios generales del derecho internacional. Se ha reconocido la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno como sucedió con la incorporación como tratado de la Convención de Viena Sobre los Derechos de los Tratados, ratificado por Chile el 9 de abril de 1981, promulgado por Decreto Supremo N° 381 de 1981, donde en su artículo 26 de la citada convención, reconociendo dicha primacía, indica que no puede invocarse ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas, lo que se corrobora en su artículo 27, en que se determina que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

<sup>170</sup> SCS de 7 de marzo de 2012, en causa rol 5720-2010.

En definitiva, constituyen un ultraje a la dignidad humana y representan una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes”.

#### 5.4.5. APLICACIÓN DE LA MEDIA PRESCRIPCIÓN.

En lo que dice relación con la aplicación de la prescripción gradual establecida en el Art. 103 del Código Penal, sobre los delitos de violación de derechos humanos que son imprescriptibles e inamnistiables, la doctrina y la jurisprudencia ha tenido posiciones encontradas.

El profesor Humberto Nogueira Alcalá<sup>171</sup> sostiene que si no procede la aplicación de amnistía contra los delitos de lesa humanidad, tampoco lo es para la media prescripción, que es una especie parcial de la primera y que procede sólo respecto de delitos comunes y no de aquéllos que sanciona el derecho internacional por violaciones a los derechos humanos. Agrega, que en los delitos de efectos permanentes, como es el secuestro o desaparición de personas, si no se prueba en el transcurso de la investigación la fecha en que la víctima recupera su libertad o se conoce la fecha de su muerte, no es posible establecer el momento desde el cual se inicia el cómputo del plazo de prescripción.

Sostiene el profesor Nogueira, que la pena debe tener el carácter de seria, eficaz, proporcional al crimen cometido y pertinente a tal fin, garantizando los derechos de víctimas y familiares, debiendo sancionar

---

<sup>171</sup> Nogueira Alcalá, Humberto: “Informe en derecho sobre precedentes jurisdiccionales en materia de media prescripción.” En Rev. Ius et praxis. Año 14 N° 2, Univ. De Talca, 2008, pp. 561 a 589.



efectiva y proporcionalmente a los responsables de las graves violaciones de derechos humanos, como lo ha determinado claramente la CIDH en sentencia dictada el 22 de septiembre de 2006, en el caso "Goiburú y otros con Paraguay", párrafo 131. Agrega que, en aquellos casos en que se ha otorgado de oficio por el órgano jurisdiccional, se vulnera, además, lo dispuesto en el Art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Organización de Naciones Unidas, que exigen oír previamente a las partes por el tribunal antes de resolver esta materia, especialmente a aquéllos que se han visto perjudicados con la comisión de estos ilícitos, como se ha reflexionado en la dictada en el caso Almonacid Arellano, párrafos 152 y 153.

La autora Karina Fernández Neira<sup>172</sup> discrepa del otorgamiento de la media prescripción por las sentencias de la Excma. Corte Suprema, porque contradice principios esenciales del orden de los derechos humanos, entre los que se destaca a la víctima como centro de la reflexión jurídica, debiendo hacerse justicia real que evite la impunidad.

En sentido contrario, parte de la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha sostenido su procedencia, señalando que se reconoce que los delitos de "lesa humanidad" son imprescriptibles en cuanto al ejercicio de la acción para la investigación y la condena de los responsables, pero en cuanto a las circunstancias modificatorias de determinación de la pena, en lo que dice relación con las minorantes, en especial la media prescripción que contempla el Art. 103 del Código Penal, no son incompatibles, pues la finalidad de ésta no es el extinguir, sino el

---

<sup>172</sup> Fernández Neira, Karina: "Breve análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar". En Rev. Estudios Constitucionales, Año 8 N° 1, 2010, pp. 467 - 482.



modificar, y concretamente atenuar la responsabilidad penal, existiendo fundamentos y consecuencias diferentes entre ambas.

Así, la primera descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en la necesidad de no reprimir la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho criminoso; en cambio la morigerante - que también se explica gracias a la normativa humanitaria- halla su razón de ser en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser irremediabilmente sancionados, aunque resulta de su reconocimiento una pena menor.

De este modo, en los casos como el presente, aun cuando el decurso del tiempo desde la comisión del ilícito se haya prolongado en exceso, no provoca la desaparición por completo de la necesidad del castigo, y nada parece oponerse a que los tribunales recurran a esta atenuación de la sanción, pues el lapso transcurrido debe atemperar la severidad de la represión. Tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de derecho convencional internacional ni de ius cogens para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal.

La Excma. Corte Suprema empezó a aplicar la media prescripción por sentencia de 30 de julio de 2007 en causa rol 3808-2006, por secuestro de Juan Rivera Matus, con algunas razones doctrinarias, pero fundamentalmente por razones de justicia material<sup>173</sup>. Más adelante se

---

<sup>173</sup> SCS de 30 de julio de 2007, causa rol 3808-2006. Cons. 18° "Que, el instituto penal reconocido en el artículo 103 anteriormente citado, constituye una minorante calificada de responsabilidad penal, cuyos efectos incidirán en la determinación del quantum de la sanción, de manera que la prohibición de aplicación de la prescripción como causal de extinción de la responsabilidad penal, derivada de la normativa internacional, no la alcanza, toda vez que se trata de una institución independiente de la prescripción, con fundamentos y consecuencias diversas. En efecto, la prescripción se funda en el supuesto olvido

han dictado varias sentencias en igual sentido, como por ejemplo las roles 6525-2006, 6188-2006, las que han ido agregando nuevas razones doctrinarias. Así por ejemplo, en la sentencia de 8 de septiembre de 2008, dictada en los autos 6308-2007, se expresa que no se opone a los tratados internacionales ni al derecho internacional, porque se trata de una norma de aplicación de pena y no de perdón de acción delictiva<sup>174</sup>.

---

del delito, en razones procesales y en la necesidad de no sancionar la conducta, lo que conduce a dejar sin castigo el hecho. Por su parte, la atenuante - que también se explica en razón de la normativa humanitaria - encuentra su fundamento en lo insensato que resulta una pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que deben ser reprimidos, resultando de su reconocimiento una pena menor;”

<sup>174</sup> SCS de 8 de septiembre de 2008, causa rol 6308-2007. Cons. 9º “Que respecto de la circunstancia de atenuación muy calificada de responsabilidad penal, prevista en el artículo 103 del Código Penal, denominada como media prescripción o prescripción gradual, parcial o incompleta, el juez de primera instancia en el fundamento trigésimoséptimo del fallo que se revisa, acertadamente declaró su procedencia y la acogió a favor de los encausados de autos, estableciendo para ese efecto que “desde la fecha de comisión del delito “ 15 de diciembre de 1984- hasta que se puso en movimiento la acción penal por la querellante Bárbara Gabriela Vergara Uribe, transcurrió más de la mitad del tiempo que exige el artículo 94 del Código Penal para declarar la prescripción de la acción penal” agregando, como consecuencia, que conforme al mandato contenido en el artículo 103 del referido cuerpo legal, deberá el Tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar en la imposición de las penas las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68, según corresponda, del señalado código;” “10º) Que, sin lugar a dudas, lo declarado y resuelto precedentemente se ajusta estrictamente tanto al espíritu como al rigor imperativo que reviste para los jueces el artículo 103 del Código Penal, de suerte que no resultaría legalmente procedente al juzgador, sustraerse a la obligatoriedad de tal preceptiva, a lo que cabe añadir que no se advierte tampoco ningún impedimento de orden constitucional, de tratados internacionales ni de iuscogens para su debida aplicación, debiendo considerarse, además, que por tratarse de una norma legal que tiene por finalidad atenuar la responsabilidad penal en la aplicación de las respectivas penalidades, su naturaleza jurídica difiere por cierto de las normas que gobiernan las prescripciones penales propiamente tales, que se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal, instituto que tampoco ha

Cabe resaltar que en sentencia dictada el 25 de mayo de 2009, en causa rol 696 - 2008, la Corte Suprema reitera la siguiente jurisprudencia: que reconoce que los delitos de "lesa humanidad" son imprescriptibles, la finalidad de la media prescripción no es el extinguir, sino el modificar, y concretamente atenuar la responsabilidad penal. Para ello tiene presente que los hechos han acaecido en el curso del mes de diciembre de 1973, esto es, hace más de treinta y cuatro años, y aun cuando se trate de situaciones manifiestamente reprochables, es un hecho público y notorio que el país sufría una grave convulsión interna, motivada por muy diversos factores, situación ésta que, en aras de la justicia, ha de ser tomada en cuenta por estos sentenciadores, toda vez que constituye un imperativo para juzgar, el apreciar y aquilatar, subjure, los hechos, el escenario, el momento y las circunstancias en que acaecieron -en la especie, como se ha señalado, no con la finalidad de tener por extinguida la responsabilidad penal- a fin de evaluar el reproche que en definitiva emane del mérito de autos y de la aplicación del derecho. Que nada obsta a determinar, en favor de los encausados, la concesión del beneficio de la media prescripción, toda vez que lo que no puede ocurrir por aplicación de los tratados internacionales es aplicar la prescripción completa, cuyo no es el caso.

En definitiva, la prescripción gradual conforma una mitigante muy calificada cuyos efectos inciden sólo en el rigor del castigo, y por su carácter de regla de orden público, su aplicación es obligatoria para los

---

correspondido considerar en la especie, desde que de acuerdo con lo establecido en el fundamento 31º del fallo de primer grado, no transcurrió íntegramente en este caso el plazo de prescripción de la acción penal derivada del hecho criminal pesquisado en estos autos."

jueces, en virtud del principio de legalidad que gobierna al derecho punitivo.

Tampoco se advierte ninguna restricción constitucional, legal, de derecho convencional internacional ni de *ius cogens* para su aplicación, desde que aquellas reglas sólo se limitan al efecto extintivo de la responsabilidad criminal. Entonces, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, no se divisa razón que obstaculice considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, en la forma que se realiza en la especie por operar la causal de que se trata, teniendo en cuenta para ello que -en atención a la norma aplicable al caso, en su redacción vigente a la data de los hechos- el delito indagado es susceptible de estimarse consumado desde el momento en que se llegó al día noventa y uno de encierro de la víctima<sup>175</sup>.

En cuanto a la fecha desde la cual debe computarse la media prescripción, la dificultad se presenta en el delito de secuestro calificado, al no existir antecedentes del destino del cuerpo o noticias de su paradero.

Al respecto, existen varias teorías: la primera y más generalizada es que, por tratarse de un delito de efectos permanentes, éste se sigue ejecutando en el tiempo, sin existir una fecha cierta de su plena consumación, constituyéndose en la principal razón para sostener la inaplicabilidad de esta institución. Las otras, han ideado alguna fecha o evento, como por ejemplo, desde que se cumple el plazo de 90 días señalado por el Art. 141, inc. 4º del Código Penal, transcurrido el cual, el delito de secuestro se entiende legalmente consumado. Otra, que se cuenta desde que Chile retornó a la democracia, el 11 de marzo de 1990, fecha desde la cual existe libre acceso a los recintos de reclusión por las

---

<sup>175</sup> SCS de 25 de junio de 2012, en causa rol 10.665-2011.

autoridades civiles y se encuentran vigente el Estado Democrático de Derecho; otra, desde que el imputado se ha retirado desde los servicios militares o de seguridad, porque ya no tendría poder para mantener secuestrado a persona alguna. También en una reciente, se ha tomado la fecha en que se inició el delito<sup>176</sup>, como ocurrió en la sentencia de 26 de enero de 2012, al consignar en su considerando "SEXTO: Que, en la especie, el delito de secuestro calificado materia de las averiguaciones se ubica en el artículo 141 del Código Penal, vigente al instante de ocurrencia de los acontecimientos, cuya penalidad era la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, como se dilucidó en el basamento vigésimo del fallo apelado, no alterado por el ad quem, de donde resulta que contado el período de la prescripción de la acción penal desde la fecha de comisión del injusto indagado, el once de octubre de mil novecientos setenta y tres, hasta aquella en que se interrumpió, en el mes de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, con ocasión de la presentación de la denuncia por el Programa de Continuación de la Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, que corre a fojas 4, el lapso adecuado para considerar la atenuante de que se trata, a saber, la mitad del exigido para la prescripción como causal extintiva de la responsabilidad, ha transcurrido con exceso frente a todos los términos fijados al efecto por el artículo 94 del Código Penal."

En sentido contrario, existe, entre otras sentencias, la dictada el 7 de agosto de 2008, rol 6574-2007, que no acogió la media prescripción, indicando en su considerando quinto que "es imposible acoger la pretensión de que concurra tal circunstancia minorante, ya no por tratarse de un delito de lesa humanidad, sino porque no es posible computar el plazo necesario para la prescripción, desde que por la naturaleza de los

---

<sup>176</sup> SCS de 26 de enero de 2012, en causa rol 10.434-2011.

delitos que en el proceso han quedado establecidos -de consumación permanente- no se puede precisar el comienzo del mismo, que ha de contarse desde el momento de la consumación del delito, lo cual no se ha dado en el tiempo por ser éstos, como se dijo, de efectos permanentes”.

En cuanto a la media prescripción en delitos de homicidio calificado, en sentencia de 7 de marzo de 2012<sup>177</sup>, en el considerando “Decimo cuarto: Que, establecidos los delitos y la participación criminal que correspondió al culpable, y a pesar de lo razonado en el motivo anterior del presente veredicto, consistente en la imposibilidad de aplicar la institución de la prescripción de la acción penal, que es causal de extinción de la responsabilidad criminal, ello no alcanza a la denominada media prescripción, o prescripción gradual o incompleta - consagrada en el artículo 103 del Código del ramo - que es motivo de atenuación de dicha responsabilidad. Desde luego, no existe al efecto ninguna limitación constitucional, legal, de Derecho Convencional Internacional ni de ius cogens, de suerte que tratándose de una disposición de orden público, su aplicación resulta obligatoria en virtud del principio de legalidad que rige el Derecho Punitivo. Así, aun cuando hayan transcurrido íntegramente los plazos previstos por el legislador para la prescripción de la acción penal derivada del ilícito, sin que la misma sea posible declararla, por impedirlo el Derecho Internacional Humanitario, no existe razón que se oponga a considerarla como atenuante para mitigar la responsabilidad criminal que afecta al encausado, toda vez que, además, presenta fundamentos y efectos distintos de los de la prescripción, desde que esta última institución descansa en el supuesto olvido del delito, en razones procesales y en razones vinculadas a la necesidad de mantener la paz social, en tanto la minorante encuentra su razón de ser en lo insensato que resulta una

---

<sup>177</sup> SCS de 7 de marzo de 2012, en causa rol 5720-2010.

pena tan alta para hechos ocurridos largo tiempo atrás, pero que no por ello deben dejar de ser castigados, incidiendo, en definitiva, sólo en el quantum de la sanción.”

Existiendo posiciones muy firmes en los integrantes de la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema, la forma de variar la decisión está en la composición de ella, que puede dar votación mayoritaria en uno u otro sentido. Esta situación no puede ser conocida y resuelta por el Tribunal Pleno de la Corte Suprema, como lo establece el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil<sup>178</sup>, por cuanto las diversas interpretaciones sobre la media prescripción ha sido sólo entre los miembros de la Sala Penal, aunque tenga distintas integraciones, pero no entre diferentes Salas del máximo tribunal, como ha ocurrido en materia civil, respecto de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de la acción civil en crímenes de lesa humanidad, en que ya se ha conocido sobre la materia el Tribunal Pleno<sup>179</sup>.

#### 5.4.6. CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH POR EL JUEZ INTERNO.

En cuanto al cumplimiento de las sentencia dictadas por la CIDH en contra de Chile, que ordenó dejar sin efecto el sobreseimiento definitivo e investigar la muerte de Almonacid Arellano, condenando a los culpables, es digno destacar la doctrina sustentada por la sentencia de 14 de enero

---

<sup>178</sup> Art. 780 del Código de Procedimiento Civil: “Interpuesto un recurso de casación en el fondo, cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal ad quem, que el recurso sea conocido y resuelto por el tribunal pleno del tribunal. La petición sólo podrá fundarse en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso”.

<sup>179</sup> SCS rol 10.665-11.



de 2013<sup>180</sup>, dictada en la causa 103-2011, por la Corte de Apelaciones de

---

<sup>180</sup> SCA de Rancagua, 14 enero de 2013, causa rol 103-2011. Cons. 5º: "Que la cuestión propuesta la tiene que resolver la judicatura nacional a favor de la aplicación del fallo de la Corte Interamericana, por diversas razones. La primera de ellas es que ha sido el propio Estado quien se ha obligado a ello, al ratificar tanto la Convención Interamericana de Derechos Humanos como la competencia misma del tribunal. Se trata, con toda evidencia, de un tratado sobre derechos humanos, como su propio nombre lo indica, y en tal calidad sus normas tienen rango constitucional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5º de la propia Carta Fundamental. A todo evento, si es efectivo que la anterior afirmación es discutida en doctrina, no puede serlo el que el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Convención Interamericana, constituyen una limitación a la soberanía del Estado, pues así surge en forma ineludible de la lectura del citado artículo 5º de la Constitución. Ocurre, enseguida, que el intérprete de esa Convención es, precisamente, la Corte Interamericana, y esto por haberlo aceptado así nuestro propio Estado al reconocerle esa competencia. En tal escenario, es esa Corte la que decide si el Estado de Chile ha respetado o no esos derechos esenciales garantizados por la Convención. Y si decide que no lo ha hecho, es de toda evidencia que la norma de derecho interno que lo infrinja, sea de manera general o sea en su aplicación a un caso concreto por las especiales características de éste, pierde su eficacia para el preciso caso de que hablemos, porque de otra manera no se cumpliría lo dispuesto por la propia Constitución, en cuanto a que la regla de derecho fundamental, garantizada por el tratado, limite la soberanía, ni tampoco se cumpliría el deber, que también el citado artículo 5º impone, de respetar y promover el derecho esencial de que se trate. En suma, tenga o no la Convención Interamericana de Derechos Humanos un rango constitucional, lo cierto es que los derechos que garantiza no pueden conculcarse, ni mantenerse conculcados, en base a reglas del derecho interno, pues entonces no sólo se infringe la Convención misma, sino directamente el mandato del artículo 5º de nuestra propia Constitución. Así pues, en el caso sublite, si la Corte Interamericana decidió que el Estado de Chile violó los derechos fundamentales de las personas que ante ella acudieron, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana; esto es, los derechos al debido proceso y al amparo por la vía judicial, precisamente por sobreeser definitivamente por amnistía el proceso sobre la muerte del Sr. Almonacid, es innegable que es el sobreesimiento mismo lo que constituye el acto vulnerador, y por ende enfrentado éste, y la normativa legal que le da fuerza de cosa juzgada, al artículo 5º de la Constitución, por una razón que combina tanto la normativa internacional como el derecho interno, esa cosa juzgada no podría operar, sin mantener la vulneración."

6.- Que, enseguida, surge la segunda razón, que es la supremacía del derecho internacional, aceptado por Chile y por ende también derecho nacional, por sobre las normas de orden estrictamente interno. Esa supremacía ha sido ya latamente asentada por la doctrina, y también por fallos de nuestra Corte Suprema, pero es además claro que, de no ser así, la firma y ratificación de tratados valdría de muy



Rancagua, que señala en el caso conocido como Almonacid Arellano, en que ratificada por el Estado la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptada la competencia de la CIDH, conforme a lo dispuesto en el Art. 5º, inc. 2º de la C. Pol. de 1980, al órgano jurisdiccional interno no le queda otra alternativa que cumplir estrictamente lo dispuesto, estándole vedado rever lo resuelto por la CIDH.

### 5.5. CASACIÓN EN EL FONDO EN MATERIA CIVIL.

El problema planteado con las indemnizaciones civiles por violación de derechos humanos ha sido respecto de la prescripción de la acción, en el sentido de si deben aplicarse el derecho interno (Código Civil) o las normas del derecho internacional que regulan la responsabilidad del Estado ante crímenes de lesa humanidad.

Según el profesor Carlos Céspedes Muñoz, existen dos concepciones: "Primera concepción. La acción civil emanada de los delitos de lesa humanidad es imprescriptible, pues así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las normas de derecho internacional, consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica universal. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro país, al tenor de lo que dispone el Art. 5º de la C. Pol. de 1980, que ha permitido incorporar en el ordenamiento jurídico interno las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del derecho

---

poco, pues cualquier país podría excusarse de las obligaciones que éstos le impongan, mediante el recurso de preferir normas de derecho interno, anteriores, coetáneas o posteriores, que los contradigan."

humanitario, entre los cuales se encuentra aquella relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Segunda concepción. La acción civil prescribe en conformidad a las normas del Código Civil, ya que ninguno de los tratados internacionales ratificados por Chile sobre la materia establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales. No existiendo norma que derogue el principio general de que las acciones patrimoniales son prescriptibles, deben aplicarse las reglas generales establecidas en el Código Civil<sup>181</sup>.

Hasta hace poco tiempo, la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema era la prescriptibilidad de la acción civil para reparación de los daños o perjuicios causados por vulneración de derechos humanos y delitos imprescriptibles en materia penal, fundada en que la acción es de contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado y teniendo en consideración que la Carta Fundamental de 1980 y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración Nº 18.575 de 17 de noviembre de 2001 -en las cuales se ha sustentado- adquirieron vigencia con posterioridad al hecho ilícito que sirve de antecedente para reclamarla, no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil, porque la acción impetrada pertenece al ámbito patrimonial, donde la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal, adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que, por ley o en atención a la naturaleza

---

<sup>181</sup> Céspedes Muñoz, Carlos: "Imprescriptibilidad de la acción civil derivada de la comisión de crímenes de lesa humanidad. Sentencia de 8 de abril de 2010", En Rev. de derecho y ciencias penales. Nº 16, Univ. San Sebastián, Chile, pp. 142-143.

de la materia, se determine específicamente la imprescriptibilidad de las acciones, pues no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales, y en ausencia de ellas, corresponde estarse a la regla del derecho común, establecida en el Art. 2.332 por remisión del Art. 2.497, ambos del Código Civil, conforme a la cual, las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto. Asimismo, que en el derecho internacional no existen normas que se contrapongan con el derecho interno en lo que concierne a la prescriptibilidad de acciones civiles provenientes de crímenes contra los derechos humanos.<sup>182</sup>

En el mismo sentido, en sentencia de 30 de enero de 2012, dictada en los autos 6154-2009 de la Excm. Corte Suprema<sup>183</sup>. Se agrega que las normas aplicables son las contenidas en los Arts. 2.497 y 2.332 del citado Código, que indican que la prescripción se aplica igualmente a favor y en contra del Fisco y que la responsabilidad extracontractual prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del acto<sup>184</sup>. Asimismo,

---

<sup>182</sup> SCS de 17 de junio de 2006, en causa rol 508-2006; y SCS de 10 de marzo de 2010, en causa rol 2493- 2008 (Sala Penal).

<sup>183</sup> SCS de casación de 30 de enero de 2012, dictada en los autos 6154-2009. Cons. 8º: "Que la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones. A ello cabe agregar que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales; y, en ausencia de ella, corresponde estarse a las reglas del derecho común referidas específicamente a la materia."

<sup>184</sup> SCS de casación de 30 de enero de 2012, dictada en los autos 6154-2009, Cons.9º y 10º: "NOVENO: Que nuestro Código Civil, en el artículo 2497, preceptúa que: "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los

considera que lo dispuesto en los artículos 129, 130 y 131 del Convenio de Ginebra sobre tratamiento de los prisioneros de guerra se refiere a infracciones de orden penal y no patrimonial<sup>185</sup> e igualmente, que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968 se refiere únicamente a la acción penal<sup>186</sup>. En igual sentido y similares fundamentos, se han dictado sentencias por la Excma.

---

establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo. DECIMO: Que, consecuentemente, resulta aplicable la regla contenida en el artículo 2332 del mismo Código, conforme a la cual las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto, disposición que se ha visto vulnerada por la sentencia recurrida por haber prescindido de su aplicación.”

<sup>185</sup> SCS de casación de 30 de enero de 2012, dictada en los autos 6154-2009, Cons.12º: “DUODECIMO: Que, por su parte, el Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra –también invocado en otros procesos respecto al asunto en análisis- que prohíbe a las partes contratantes exonerarse a sí mismas de las responsabilidades incurridas por ella por infracciones graves que se cometan en contra de las personas y bienes protegidos por el Convenio a que alude el artículo 131, debe entenderse necesariamente referido a infracciones del orden penal, lo que resulta claro de la lectura de los artículos 129 y 130 de dicho Convenio que aluden a actos contra las personas o bienes, citando al efecto, homicidio intencional; tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un cautivo a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga o privarle de su derecho a ser juzgado regular e imparcialmente al tenor de las prescripciones del Convenio.”

<sup>186</sup> SCS de casación de 30 de enero de 2012, dictada en los autos 6154-2009, Cons. 13º: “DECIMOTERCERO: Que, por último, es dable recordar que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, determina la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, así como de los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto antes indicado, que se refiere únicamente a la acción penal. En efecto, su artículo IV dispone que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueren necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, ordenada por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes antes indicados.”

Corte Suprema en las causas roles 508-2006, 3220-2007, 2493-2008, 4833-2008 y 254-2009.

En sentido contrario, la tesis que la responsabilidad extracontractual de Estado en violación de derechos humanos es imprescriptible se ha ido abriendo camino en nuestra jurisprudencia.

Una sentencia precursora en tal sentido es la dictada con fecha 23 de marzo de 2007 que acogió la acción civil fundada en los tratados internacionales, sosteniendo que la prescripción de la acción no puede ser resuelta desde las normas del derecho privado, porque tiene fines diferentes. De esta forma cita lo consignado en la causa rol 65-2001, de la misma Corte de Apelaciones de Santiago donde se indicó que la responsabilidad civil está en las normas de derecho internacional de derechos humanos, cuerpo normativo que es posterior a la codificación civil del país, que no consideró otros criterios que el interés privado. Asimismo, que en la causa rol 37.483-2004 del mismo tribunal de alzada se consideró imprescriptible la acción civil que invoca como fuente de responsabilidad tan graves hechos de violación, conforme a lo dispuesto en los Arts. 1.1 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para lo cual, citando sentencias de la CIDH en casos Trujillo Oroza de 2002, Cantoral Benavides de 2001, Cesti Hurtado de 2001, Villagrán Morales y otros de 2001, y Bamaca Velásquez de 2002, y especialmente, en el caso Velásquez Rodríguez en que se reflexiona que la responsabilidad del Estado, no se remite al derecho interno<sup>187</sup>. Agrega que

---

<sup>187</sup> SCA de Santiago de 23 de marzo de 2007 en causa rol 1211-2002, Cons. 10 y 11: "10º- Que, en otras sentencias, la misma Corte ha manifestado: "Es un principio de Derecho Internacional, que la jurisprudencia ha considerado incluso una concepción general de derecho, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente". (Caso Velásquez Rodríguez, de 1989. En el mismo sentido caso Godínez Cruz, de 1989. Asimismo la Corte cita fallos de otros tribunales en que se ha sostenido la misma doctrina, dictados los años 1927, 1928 y 1949); 11º-

la C. Pol. de 1980, en su Art. 5° inc. 2°, le otorgó rango constitucional a los tratados que garantizan los derechos humanos, jerarquía que es mayor al resto de los instrumentos internacionales.

Esta sentencia fue casada por la Corte Suprema por fallo de 28 de octubre de 2008 en causa rol 2152-2007, en decisión dividida, reiterando criterios ya referidos anteriormente.

Por sentencia de 25 de septiembre de 2008 dictada en los autos rol 4662-2007, en el caso denominado "Liquiñe", la Excma. Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo y dictó sentencia de reemplazo que aceptó la demanda civil, dando aplicación a los tratados internacionales, Art. 27 de la Convención de Viena que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980, reconociendo que en materia de derechos humanos constituye un principio esencial la reparación integral de la víctima, incluyendo en ello, además de la sanción a los culpables, incluye el ámbito patrimonial<sup>188</sup>.

---

Que, la Corte Interamericana también ha aclarado que el artículo 63.1 de la Convención no se remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de manera que la obligación "no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo". (Caso Velásquez Rodríguez);"

<sup>188</sup> SCS sentencia de 25 de septiembre de 2008, causa rol 4662-2007, Cons. 39°: "TRIGESIMO NOVENO: Que, la C. Pol. de 1980 de la República de Chile dispone en su artículo 6° que, "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. / Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. / La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.". En sentido convergente, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653., de la Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575., Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, dispone en su artículo 3° que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común, y que uno de los principios a que debe sujetar su acción es el de responsabilidad; y,

En igual sentido se pronunció la sentencia de 8 de septiembre de 2008, en autos rol 6308, basado en las normas del derecho internacional

---

consecuentemente con ello, en su artículo 4° dispone que "el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado". Cabe observar que este mismo principio se encuentra incorporado en la ley común, según se confirma con lo que dispone el artículo 2320 del Código Civil. Así, en conformidad con los referidos hitos y normas de jure sobre responsabilidad del Estado, no cabe sino concluir que el daño moral causado por la conducta ilícita del funcionario o agente del Estado autor de los delitos de secuestro de que trata la presente investigación, debe ser indemnizado por el Estado, ya que así lo disponen las normas de derecho pertinentes. CUADRAGESIMO: Que, así las cosas, todavía cabe considerar la aplicación del frente de jure proveniente de los Tratados Internacionales suscritos por Chile, como la normativa internacional en cuanto iuscogens, en el contexto de lo que dispone el artículo 5°, de la C. Pol. de 1980 de la República, al consagrar que, "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. CUADRAGESIMO PRIMERO: Que, en consecuencia con lo expuesto, y en relación a lo antes dicho, ha de considerarse que la reparación generada por el maleficio, además de aparecer formulada generalmente de modo expreso, está instituida implícitamente en la institución jurídica de la responsabilidad, de modo que es precisamente en los ilícitos que emanan -entre otros- de este tipo de escenarios, de extrema convulsión social, donde el Estado debe, con justa propiedad y energía, conformar la pertinente acción reparatoria, inherente a la paz social, cual es uno de sus fines primordiales, en tanto sustento democrático de unión en la diversidad. CUADRAGESIMO SEGUNDO: Que, la normativa internacional aplicable en la especie, por mandato constitucional, propende a la reparación integral de las víctimas, lo que incluye el ámbito patrimonial -de conformidad a los en Convenios y Tratados celebrados por Chile- que por disposición constitucional le son vinculantes, como ocurre v.gr., y entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de Enero de 1.980., la que establece en su artículo 27., que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado". (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas"; página 231)."



consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional, acoge el criterio de la reparación integral.

En la misma línea jurisprudencial la sentencia de 15 de octubre de 2008, dictada en los autos rol 4.723-2007, denominado "Episodio San Javier".

Con posterioridad, preferentemente en el año 2012, se han dictado varias sentencias que acogen la demanda civil, como las dictadas el 23 de noviembre de 2012, en autos rol 737-2011; 21 de septiembre de 2012 en causa rol 2200-2012.

Es interesante destacar que en sentencia del Tribunal Pleno de la Excma. Corte Suprema de 21 de enero de 2013<sup>189</sup>, en causa rol 10.665-11, por existir diferencias de interpretación respecto de la procedencia de la imprescriptibilidad de la acción civil por dos Salas distintas (Civil y Penal) y ante petición del Fisco de Chile, y en conformidad a lo dispuesto en el Art. 780 del Código de Procedimiento Civil, se dispuso que la materia fuera vista y resuelta por el Tribunal Pleno el cual, por sentencia de 21 de enero de 2013, mantuvo la tesis de que la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones. A ello cabe agregar que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales; y, en ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común referidas específicamente a la materia. Agrega que nuestro Código Civil en el Art.

---

<sup>189</sup> SCS de 21 de enero de 2013, Tribunal Pleno, causa rol 10.665-2011.



2.497 establece que: "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo". De acuerdo a lo anterior, resulta aplicable la regla contenida en el Art. 2.332 del mismo Código, conforme a la cual las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto. En este contexto, y sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, la Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, entendiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de contarse desde una perspectiva distinta a la que evidencia la mera literalidad del Art. 2.332 del Código Civil. En efecto, tratándose de un caso como el de autos es posible sostener que los titulares de la acción indemnizatoria no estaban en condiciones de haberla ejercido en tanto no tenían certeza del paradero o destino del familiar desaparecido y, por lo mismo, parece más razonable computar el término legal de prescripción desde que dichos titulares tuvieron ese conocimiento y contaron con la información necesaria y pertinente para hacer valer ante los tribunales de justicia el derecho al resarcimiento por el daño sufrido que el ordenamiento les reconoce. Ese momento, en la situación planteada en este proceso, ha de entenderse que lo constituye el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, pues sólo a partir de entonces se tuvo certidumbre de la condición de víctima de la persona cuya desaparición causa el daño que se persigue indemnizar. Ahora bien, aun computando el plazo de cuatro años que contempla el Art. 2.332 del Código Civil desde el referido informe de la "Comisión Rettig", al tiempo de notificarse válidamente la demanda al demandado e incluso en el supuesto

de atribuir a la presentación de la querrela el efecto de interrumpir la prescripción en curso, el término extintivo que interesa se encontraría en todo caso cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada. En razón de lo dicho, preciso es reiterar que se ha ejercido en la especie por la parte demandante una acción de contenido patrimonial, cuya finalidad no es otra, en términos simples, que hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado. Lo anterior conduce necesariamente a concluir que no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue en atención a que la acción impetrada pertenece -como se ha dicho- al ámbito patrimonial. La referida decisión fue adoptada por mayoría, de la cual participaron nueve ministros, señores Héctor Carreño, Pedro Pierry, Patricio Valdés, María Eugenia Sandoval, Rosa María Maggi, Rosa Egnem, Guillermo Silva, Gabriela Pérez, Nivaldo Segura y siete ministros de minoría, señores Milton Juica, Hugo Dolmestch, Carlos Kunsemuller, Sergio Muñoz, Juan Araya, Haroldo Brito y Juan Escobar.

No obstante lo anterior, en sentencia más reciente<sup>190</sup> de 4 de septiembre de 2013, la Segunda Sala Penal de la Excm. Corte Suprema acogió la demanda civil, expresando, en el considerando Cuarto, que reconocido en carácter de delito de lesa humanidad, "en lo pertinente a la indemnización de perjuicios, se aplican los convenios o tratados internacionales, las reglas de derecho internacional que se consideran *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas explícitamente en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, -incorporada al derecho interno de nuestro país-, cuyo artículo 27 dispone que "*el Estado no puede invocar su propio*

---

<sup>190</sup> SCS de 4 de septiembre de 2013, rol 3841-12.

*derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales” y que de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete su responsabilidad internacional (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, “Las Constituciones Latinoamericanas”, página 231). Se aplica el derecho internacional y la consiguiente reparación integral de los perjuicios, porque “es claro que el perjuicio causado a un particular por otro o por el Estado, en cuanto sujeto de relaciones privadas, es diverso al perjuicio que se le puede causar a un particular por una actuación ilícita y dañosa de un Estado con relación a los derechos y libertades fundamentales de la persona humana”. (Claudio Nash, “Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” Universidad de Chile, Facultad de Derecho, página 37). Disposiciones y razonamientos que se asocian, a su vez, al acceso a la justicia de víctimas y familiares y al derecho fundamental a la verdad con la consiguiente dificultad de lograrla en casos como el de autos que por su forma y circunstancias de comisión facilitan la impunidad o dificultan el ejercicio de acciones y recursos judiciales efectivos y oportunos para solicitar una reparación compensatoria humanitaria, realidad que acentúa la gravedad de los delitos y el rechazo a la prescripción civil del corto plazo frente a reclamaciones de esta naturaleza. (“Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación” (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 48º período de sesiones, 1996)”. Agrega, en el motivo quinto, que “como reacción a las características y naturaleza de las ilicitudes que los contravienen, la comunidad internacional ha levantado un sistema de derechos humanos por lo que los principios y normas que lo regulan no pueden interpretarse aisladamente con prescindencia de esas circunstancias. El mundo actual,*

expresa el profesor de derecho civil Pablo Rodríguez, *"parece estar conmovido por grandes fenómenos que golpean frontalmente en el espíritu de la humanidad. El derecho y las demás ciencias sociales están forzados a enfrentar estos hechos y darle una respuesta oportuna y constructiva. De lo contrario, muchos de los posibles beneficios pueden frustrarse en perjuicio de justas y multitudinarias expectativas. El reconocimiento universal de los Derechos Humanos luego de las dolorosas experiencias que vivimos antes y después de la Segunda Guerra Mundial constituye una tendencia que comienza a proyectarse institucionalmente a través de varias iniciativas eminentemente jurídicas. El derecho internacional deberá en el futuro encontrar nuevas estructuras capaces de convertirlo en un instrumento efectivo frente a las emergentes necesidades de toda la humanidad"* (Responsabilidad Extracontractual, página 494, Editorial Jurídica de Chile).

En forma similar, el profesor Hernán Corral se refiere al desarrollo de una forma de responsabilidad internacional del Estado que permea el derecho interno por la violación de derechos humanos al expresar que *"con el desarrollo internacional humanitario se ha dado mayor protagonismo internacional a la persona y a sus derechos fundamentales"* invocando al efecto la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, ratificada por el Estado de Chile, que en su artículo 63.1 –aplicable en la especie–, dispone la reparación de las consecuencias de la situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, páginas 311 y 312, Editorial Jurídica de Chile).". Luego, cita el artículo "5º de la Constitución Política de la República, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho Internacional, establece que *"el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales*

*que emanan de la naturaleza humana*". Disposición constitucional que coloca a tales derechos sobre la soberanía y el deber del Estado de respetarlos y promoverlos, no solo aquellos establecidos en la Constitución sino que todos los que forman parte del acervo cultural de la humanidad (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de 1980, sesión Nº 203), entre los que también ha de entenderse el de obtener una indemnización íntegra como la reclamada en estos autos.

El derecho de las víctimas y de sus familiares a recibir la reparación compensatoria correspondiente implica la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Chileno, conforme lo dispuesto en el recordado artículo 5º de la Constitución Política." Prosigue, que "Tales condenas en sus ámbitos penal y civil, cumplen funciones de sanción, disuasión, prevención, reparación y restablecimiento del orden internacional quebrantado o de su sustitución en su caso. Sobre el particular, conveniente es reiterar que el interés central del derecho internacional de los derechos humanos es la dignidad de la persona humana *"valor intrínseco que impone al Estado un deber de respeto y protección, cuya justificación se basa en el hecho de que la existencia humana es más que sólo expresión biológica de la vida animal, ya que está unida a un ser dotado de conciencia de sí mismo y, que es capaz de trascender mas allá de la contingencia del presente"*. (La dignidad de la persona: límite a la autonomía individual. Carlos Dorn Garrido. Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado, Diciembre 2011, Nº 26, página 84) Se trata pues de la dignidad en todas sus dimensiones, superior bien jurídico protegido que obsta a considerar la prescripción de derecho interno como modo de extinguir las responsabilidades penales y civiles que derivan de su infracción. La prescripción no es una institución jurídica de carácter universal ni

absoluto, puesto que existen sistemas jurídicos como el Comom Law americano que no le dan un carácter general. Los conocidos fundamentos de seguridad y certeza jurídica que sustentan a nivel nacional la prescripción de situaciones pretéritas, no se avienen con la misión principal de los derechos humanos que es amparar la dignidad de la víctima, bien jurídico superior y permanente para la humanidad cuya infracción redobla el carácter criminal del ilícito y la obligación de reparar todos sus efectos y, con ello, dotar de operabilidad al sistema de los derechos humanos. Más aún, si consideramos que la legislación nacional contempla acciones civiles imprescriptibles como la de partición de herencia y la reclamación de paternidad justificadas en intereses sociales superiores como son favorecer la libre circulación de los bienes y el derecho a la identidad de las personas respectivamente, con mayor razón se justifica la imprescriptibilidad de las acciones penales y civiles cuando se trata, por sus alcances según se ha visto, de delitos de lesa humanidad.

Concluye, en el considerando Sexto: “Que, por lo tanto, los preceptos de derecho interno sobre prescripción de corto tiempo de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios estimados infringidos tanto por el Fisco de Chile como por el representante de los acusados Corbalán, Sandoval y Astudillo en sus recursos, no resultan atinentes por contradecir abiertamente las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho a la reparación íntegra que corresponde a sus titulares, víctimas y familiares de éstas.” Remarca, que “No debe olvidarse que la obligación indemnizatoria está originada por y para el Estado, tratándose de la violación de los Derechos Humanos, no sólo por la Constitución Política de la República, sino también por los Principios Generales del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos, de tal suerte que las normas del

derecho común interno se aplicarán sólo si no están en contradicción con esa preceptiva.

Luego, cuando el Código Civil en su artículo 2497 señala que las reglas de prescripción “se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”, ello no resulta pertinente a esta materia, atendida su particular naturaleza según se ha puesto de manifiesto. Por ello, la sentencia impugnada aplica correctamente las normas contenidas en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De acuerdo con este último precepto la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar disposiciones de derecho interno. A este respecto debe también tenerse presente el carácter consuetudinario de estas normas y que atendida su naturaleza no son creadas sino simplemente reconocidas por los Estados, de lo que deriva su ineludible aplicación. De manera tal que produciéndose un hecho ilícito imputable a un Estado, la responsabilidad de éste surge por la violación de la norma de Derecho Internacional, con el consiguiente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias indeseadas de tales hechos.

“En lo que se refiere a la Convención Americana (de Derechos Humanos), la prohibición de prescripción está incluida dentro del deber del Estado de garantizar un recurso efectivo (art. 25) y de disponer de herramientas eficaces ante vulneraciones a los derechos establecidos en la Convención (Arts. 1.1 y 2). (Separata Prescripción de acciones civiles en Chile, Mayra Feddersen, mayo 2010, Observatorio de Derechos Humanos, Pág. 8).

La Corte Interamericana ha aclarado, además, que el artículo 63.1 de la Convención que consagra el deber de reparar, no se remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de modo que *“acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los*



*principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. La obligación de reparar se regula por el derecho internacional y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno” (Corte I. D. H., caso La Cantuta vs Perú. Sentencia de 29 de Noviembre 2006). En el mismo sentido, en el denominado caso Barrios Altos, la Corte Interamericana declaró en fallo del 14 de Marzo de 2001 que son inadmisibles las disposiciones sobre amnistía y prescripción y que ese precepto consagra el deber de reparar. Comentando esos fallos de la Corte Interamericana el profesor Gonzalo Aguilar expresa que la Corte “pone de relieve magníficamente la relación entre el ser humano, el Derecho, los derechos humanos y el tiempo, donde el derecho a la verdad, la prohibición de la impunidad, la reparación integral de la víctima y sus familiares y las garantías de no repetición, se proyectan y extienden a lo largo de todo el espectro espacio temporal ” porque “el pasado, el presente y el futuro han sido determinados por actos u omisiones del hombre, que han marcado a la humanidad y cuyas consecuencias comprenden con igual fuerza el castigo, la reparación y la prevención” (Gonzalo Aguilar, Revista Ius et Praxis, v.14 N° 2, pág. 5 Universidad de Talca, 2008). Lo cual es congruente con el informe sobre “Propuestas de Reparación, Bases para Definirlas y Medidas recomendadas en Chile” en el año 2004 por la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura para el esclarecimiento de la verdad acerca de la violación de los derechos humanos en Chile creada por Decreto Supremo N° 1.040 del Ministerio del Interior de 26 de Septiembre de 2003. Con referencias expresas al derecho y a las experiencias internacionales en materia de responsabilidad del Estado, dicho informe recomienda acciones tanto colectivas como individuales que reparen efectivamente a las víctimas como individuos y como ciudadanos. El reconocimiento de esa condición por el Estado –a*



cuyo servicio debe estar de acuerdo al artículo primero de la Constitución Política-, es un elemento que no puede omitirse en todo proceso reparatorio que debe ser integral, es decir, responder a las diversas necesidades de las víctimas, tanto individuales como colectivas, materiales e inmateriales como manera que puedan reintegrarse efectivamente a la sociedad.

En el considerando séptimo se agrega que “el artículo 131 de la Convención de Ginebra hace efectiva la responsabilidad que resulta de esta clase de hechos sin limitarla a los de carácter penal. Lo mismo ocurre con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, vigente desde el 27 de Enero de 1980, de acuerdo con el cual, los Estados no pueden invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones derivadas de ilícitos internacionales. El derecho a la reparación es un derecho fundamental, esto es, uno de aquéllos que los Estados declaran para asegurar y hacer posible la convivencia democrática, el que por su naturaleza es imprescriptible. Del mismo modo, deben aplicarse a los casos de graves violaciones de derechos humanos, *“las reglas de interpretación propias de esta disciplina, las que reconocen el carácter dinámico y vivo de las disposiciones de los tratados y la necesidad de hacer una lectura pro homine de cada uno de sus preceptos.”* (Ob. Cit. Separata Prescripción de acciones civiles en Chile, Pág. 8).

En el motivo noveno hace presente un razonamiento de simple lógica, al señalar que “si en virtud de principios y normas jurídicas como las citadas, aplicadas en el fallo impugnado, al resolver el conflicto penal creado por delitos de lesa humanidad no es posible concebir la prescripción de la acción penal con mayor razón resulta injustificable extinguir la responsabilidad civil de derecho privado, -de la que es su consecuencia-, porque el hecho fuente de las responsabilidades es el mismo y uno solo considerado como crimen internacional atentatorio a la dignidad de la

humanidad. La única respuesta satisfactoria a esta interrogante, viene dada en la forma que se ha procedido en la instancia. Además, en el décimo refiere que el derecho de las víctimas a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, es el propio derecho interno quien lo ha reconocido en la "Ley N° 19.123 y su posterior modificación contenida en la Ley N° 19.980, (que) reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario.

Como puede observarse, la discusión sigue pendiente, atendido la estrecha diferencia entre ambas posiciones doctrinarias y la ausencia de cinco señores ministros, cuya presencia podría hacer variar la mayoría.

## CONCLUSIONES

Los derechos humanos esenciales protegidos por la Constitución, ya sea aquellos contenidos en el catálogo de su artículo 19, como los derechos contenidos en los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentra vigentes, tienen reconocimiento legal interno por reenvío del artículo 5º, inciso 2º, segunda parte de la Constitución, los que tienen jerarquía constitucional.

Los derechos implícitos que emanan del artículo 29 de la Convención ADH y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en sus diversas fuentes, como son los principios o *ius cogens* y el derecho consuetudinario, conforman el denominado bloque de constitucionalidad, parámetro o estándar que los órganos de los Estados suscribientes de la Convención ADH y que aceptaron la competencia de la CIDH, deben respetar y promover los derechos humanos fundamentales, que se fincan en la dignidad humana.

La forma de resguardo de los mismos, es a través del denominado control de convencionalidad, creación jurisprudencial de la CIDH, la que debe ser respetada por los Estados partes de la Convención y aceptada la competencia de la Corte, deben aceptar su jurisprudencia y observar como estándar el derecho convencional y el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos.

Todos los órganos del Estado parte, incluidos los jueces, están obligados a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, concretando un control de convencionalidad de las normas jurídicas internas, que deben realizar de oficio, dentro de sus competencia y las regulaciones procesales vigentes, otorgándole un efecto útil que no sea anulado por aplicación de leyes contrarias a objeto y fin, teniendo en

consideración no sólo el tratado sino la interpretación que de éste ha realizado la CIDH como su intérprete auténtico y final. Cuando exista colisión de normas legales y constitucionales, los jueces deben concurrir vía requerimiento de inaplicabilidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la C. Pol., lo que ocurrido en varias oportunidades, especialmente por tribunales de primer grado. Ahora, cuando se trata de interpretación de normas, dichos jueces pueden, a través de las reglas de hermenéutica, preferir aquella que mejor proteja los derechos esenciales de la persona, como lo ha reiterado el Tribunal Constitucional.

Entonces, los magistrados del Poder Judicial, cualquiera sea su grado, está obligado a efectuar el control de convencionalidad, deber que emana, normativamente, de lo dispuesto en los Arts. 1 inc. 1° y 4°; 5 y 6 de la C. Pol de 1980, en relación con los Arts. 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando conocen causas de derechos humanos, a través del control difuso de esta herramienta jurisdiccional.

Dicha magistratura tiene las herramientas legales para cumplir con la obligación de realizar un efectivo control de convencionalidad, en virtud del principio *iura novit curia*, ya que el derecho vigente se presume conocido y todo juez tiene el deber constitucional de respetar y promover los derechos esenciales o fundamentales, además de garantizarlos de acuerdo con la Constitución, obligación imperativa conforme al artículo 5° inciso 2° de ella y así evitar que el Estado incurra en incumplimiento de obligaciones y sujeto de sanciones.

El juez nacional debe proceder a realizar el control de convencionalidad, con un adecuado conocimiento y comprensión del *corpus iuris* interamericano y de la jurisprudencia de la CIDH, ello le permitirá arribar, prudentemente, a la solución de conformidad con el *corpus iuris* interamericano en casos contenciosos inéditos que le toque resolver, cuya diversidad puede ser infinita. Además, debe tener

competencia, habilidad y destreza suficiente en el manejo de la interpretación de los derechos humanos y de las reglas de interpretación vinculantes contenidas en el artículo 29 de la Convención ADH

En igual sentido, al Tribunal Constitucional también debe realizar el control de convencionalidad, con igual parámetro que los otros jueces ordinarios, respetando los estándares mínimos respecto de atributos y garantías de los derechos asegurados por el sistema interamericano, utilizando el principio "pro homine" o "favor persona", cumpliendo simultáneamente con el control de constitucionalidad exigido constitucionalmente y el control de convencionalidad establecido por el sistema interamericano, dentro de sus competencias y procedimientos determinados por el ordenamiento jurídico interno, debiendo armonizar ambos cuerpos legales.

Chile tiene varias materias pendientes, principalmente en materias legislativas, para cumplir con las exigencias de la Convención.

En efecto, debe establecer la legislación pertinente que determine el procedimiento de cumplimiento de las sentencias dictadas por la CIDH. Ello ha sido suplido por la Jurisprudencia de los tribunales de justicia, como ocurrió con el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

En el mismo sentido, dando cumplimiento a lo resuelto en el referido caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, debiera derogarse el DL de Amnistía, que si bien no se aplica por disposición jurisprudencial, daría certeza jurídica y paz social.

Determinarse, a través de sistema normativo interno, la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes y del derecho internacional sobre derechos humanos y la costumbre, como asimismo, el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CIDH, aun en aquellas sentencias en que No es parte.

También, si en causas de derechos humanos procede la media prescripción o prescripción gradual, contemplada en el artículo 103 del Código Penal, como también si las acciones civiles sobre responsabilidad extracontractual del Estado que emanan de violación de derechos humanos también son imprescriptibles, como lo es en materia penal.

Resolver estas materias a través de ley, daría certeza jurídica y mantendría el principio de igualdad ante la ley, lo que en la actualidad no ocurre, pues se encuentra sujeto al criterio de los jueces y la composición del tribunal que le corresponde resolver.



## BIBLIOGRAFÍA

### 1.- AUTORES.

Aguilar Cavallo, Gonzalo: "La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador". En Rev. Estudios Constitucionales, año 7, N° 1, Univ.de Talca, 2009.

Andrade, Carlos: "La reforma constitucional de 1989 al inc. 2° del art. 5° de la Constitución. Sentido y alcance de la reforma". En Rev. Ius et Praxis. Año 9, N° 1, Univ. de Talca, 2003.

Bidart Campos, Germán: "La interpretación de los Derechos Humanos". Edit.Ediar, Buenos Aires, 1994.

Bilicic, Tomislav. "Control de Convencionalidad interno o difuso: bases para una teoría adecuada desde la Constitución chilena". En Diario Constitucional, Santiago, Chile, 25 de agosto de 2012. Visita en [www.diarioconstitucional.cl](http://www.diarioconstitucional.cl) el 2 de enero de 2013.

Carbonell, Miguel, artículo publicado en el diario "el Universal" de México DF, de 20 de febrero de 2014.

Cançado Trindade, Antonio: "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI", Editorial Jurídica de Chile.

Carocca, Alex: "Reflexiones sobre el derecho a la reparación del error judicial en Chile a propósito de la solución amistosa ante la comisión interamericana de derechos humanos en el llamado caso del puente "La Calchona"". En Rev. Ius et Praxis, Univ. De Talca, v. 8, n. 2, año 2002.

Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Informe.Tomo II, p. 881.

Contreras, Pablo: "Control de Convencionalidad fuerte y débil, partes I y II". En Diario Constitucional, Santiago 17 y 23 de agosto de 2012.

Espejo Yaksic, Nicolás y Leiva García, Carla: "Digesto de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (enero de 1984 a febrero de 2012)". Edit. Abelot Perrot, Chile, 2012.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos (Coordinador): "Estudios de Derecho Público. El principio de la separación de poderes. Actas de las XL jornadas de derecho público 2010. Universidad de Valparaíso". Edit. Legal Publishing Chile, 2011.

Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Voto Concurrente en la sentencia de la CIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2006, serie C N° 220, párrafo 50.

Hecker Padilla, Carlos: "Evolución histórico-jurídica de los derechos humanos". En Rev. Actualidad Jurídica, N° 23, enero 2011, Univ. del Desarrollo, Concepción - Chile, 2011.

Henriquez Viñas, Myriam Lorena, en "El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre si y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos", Edit.Librotecnia, Santiago de Chile 2012.

Herrerías Cuevas, Francisco: "Control de Convencionalidad y efectos de las sentencias" Edit. UBIJUS, México, 2001.



Hitters, Juan Carlos: "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación". En Rev. Estudios Constitucionales. Edit. Librotecnia, Chile.

Nogueira Alcalá, Humberto: "Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos", Edit. Librotecnia, Santiago de Chile.

Nash Rojas, Claudio: "Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y Desafíos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En "El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre si y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos". Edit. Librotecnia, Santiago de Chile, 2012.

Nash Rojas, Claudio: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno". Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Chile. 2012.

Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador): "El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre si y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos", Edit. Librotecnia, Santiago de Chile, 2012.

Pacheco Gómez Máximo: "Los Derechos Humanos" T. I, Edit. Jurídica de Chile, 3ª edic., actualizada, Santiago, 1999.

Pfeffer Urquiaga, Emilio: "Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno". En Rev. Ius et Praxis, año 9, n. 1, U. de Talca. Chile 2003.

Pica Flores, Rodrigo: "Control de Constitucional y tratados internacionales". En "El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre si y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos", Edit. Librotecnia, Santiago de Chile, 2012.

Sagués, Néstor Pedro: "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". En Rev. de Estudios Constitucionales, Año 8 N° 1, Univ. de Talca, Chile 2010.

Soto, Víctor: "La ratio decidendi y la opinión consultiva en los fallos de la CIDH como factor vinculante a los estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En Diario Constitucional, 11 de octubre de 2012.

Zúñiga Urbina, Francisco: "Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica" En: "El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre si y con las cortes internacionales de derechos humanos", Edit. Librotecnia, Santiago de Chile 2012.

Vargas Carreño, Edmundo: "Derecho internacional público. De acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

## 2.- SENTENCIAS

Corte Permanente de Justicia Internacional, "Caso Fábrica Chorzów" sentencia de 27 de julio de 1927.

CIDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N° 4.

CIDH, caso Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, serie C, N° 71.

CIDH, caso "La Última Tentación de Cristo" Olmedo Bustos y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.

CIDH, caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C N° 75.

CIDH, caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia 7 de septiembre de 2004.

CIDH, caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C, N° 123,

CIDH, caso de la Masacre del Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo. Reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N° 140.

CIDH Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C No 154.

CIDH, caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

CIDH, caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006. Fondo, reparaciones y costas.

CIDH, caso Boyce y otros vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C, N° 169.

CIDH, sentencia de 30 de noviembre de 2007, serie C, N° 174.

CIDH, caso Eleodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, N° 186.

CIDH, Radilla Pacheco vs. México, 23 de noviembre de 2009.

CIDH, caso de la masacre de las Dos Erres v/s Guatemala, sentencia de 24 de noviembre de 2009.

CIDH, Radilla Pacheco vs. México, 23 de diciembre de 2009.

CIDH, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Pena vs. Bolivia, sentencia de 1 de septiembre de 2010.

CIDH caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

CIDH caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

CIDH caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Párrafo 184.

CIDH, caso Norín Catrimán y otros (Lonkos, Dirigentes y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Resolución del Presidente de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de abril de 2013.

SCA de Concepción en causa rol 558-2004.

SCA de Concepción en causa rol 250-2009.

SCA de La Serena de 17 de febrero de 2004, rol N° 16-2004.

SCA de Santiago de 23 de marzo de 2007 en causa rol 1211-2002.

SCA de Santiago en causa rol 7766-2009.

SCA de Santiago en causa rol 38.638-21994.

SCA de Temuco en causa rol 1.705-2009

SCA de Temuco en causa rol 545-2010

SCA de Rancagua de 14 de enero de 2013, en causa rol 103-2011.

SCA de Rancagua de 14 enero de 2013, en causa rol 103-2011.

SCS de 25 de junio de 1991

SCS el 19 de agosto de 1998.

SCS de 9 de septiembre de 1998, rol 469-1998,

SCS de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004.

SCS de 18 de enero de 2004, rol 2666-04.

SCS de 17 de noviembre de 2004, rol 517-04  
SCS de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004  
SCS de 4 agosto de 2005, causa rol 457-05.  
SCS de 9 de mayo de 2005, rol 2066-2005.  
SCS de 17 de junio de 2006, en causa rol 508-2006  
SCS de 10 de mayo de 2007, rol 3452-2006.  
SCS de 30 de julio de 2007, rol 3808-2006.  
SCS de 17 de marzo de 2007, rol 3.125.  
SCS de 25 de septiembre de 2008, rol 4662-2007  
SCS de 8 de septiembre de 2008, rol 6308-2007.  
SCS de 10 de marzo de 2010, en causa rol 2493- 2008  
SCS de 29 de abril de 2008, rol 6053-2008  
SCS de 30 de enero de 2012, rol 6154-2009  
SCS de 7 de marzo de 2012, rol 5720-2010.  
SCS de 25 de junio de 2012, rol 10.665-2011  
SCS de 21 de enero de 2013, Tribunal Pleno, rol 10.665-2011  
SCS de 2 de diciembre de 2011, rol 3680-2011.  
SCS de 26 de enero de 2012, rol 10.434-2011.  
SCS rol 10.665-11.  
SCS de 7 de mayo de 2012, causa rol 2661-2012.  
SCS de 4 de septiembre de 2013, rol 3841-2012.  
SCS de 29 de julio de 2013, en causa rol 1260-2013.  
Sent. Juzgado de Letras de Lautaro en causa rol 37.860.  
Sent. de la Corte Constitucional de Colombia, expediente T-506.704, de 31 de enero de 2002.  
Sent. de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Exp. 0421-S-90.- N° 2313-95,

STC de 8 de abril de 2002 sobre el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, rol 346.

STC de 13 de junio de 2007, rol 786-2007.

STC de 28 de diciembre de 2007, rol N° 804-07-INA,.

STC de 28 de diciembre de 2007, rol 807-07

STC de 29 de septiembre de 2009, rol 1340-2009.

STC de 14 de mayo de 2009, rol 1250-2009.

STC causa rol 1288-2009

