

Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina*

Human dignity, fundamental rights
and constitutional block of rights:
an approach from Chile and Latin America

*Humberto Nogueira Alcalá***

RESUMEN. La relación entre el orden constitucional y el internacional en materia de derechos humanos ha venido siendo objeto de cambios trascendentes. El autor, tras analizar cómo ha sido esta evolución, llega a la noción del *bloque constitucional de los derechos fundamentales* que se viene consolidando en la jurisprudencia latinoamericana.

PALABRAS CLAVE. Derecho constitucional. Derechos humanos. América Latina. Derecho internacional.

* Este trabajo fue admitido y designado evaluador idóneo por resolución del Consejo de Redacción del día 24 de junio de 2010. En concordancia con la evaluación favorable, por acta del 6 de setiembre de 2010, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Doctor en derecho por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Director Ejecutivo del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca y del Magister de Derecho Constitucional de la misma Universidad, Campus Santiago. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

ABSTRACT. The relationship between constitutional and international order as regards human rights has experienced major changes recently. The author analyzes this evolution, arriving at the notion of the constitutional block of fundamental rights which is has been consolidating in Latin American case law.

KEY WORDS. Constitutional Law. Human Rights. Latin America. International Law.

SUMARIO. 1. La dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales, los cuales constituyen límites a la soberanía estatal. **2.** Los derechos fundamentales como emanación de la dignidad humana. 2.1. Los derechos fundamentales como expresión genérica que incluye tanto los derechos constitucionales como los derechos humanos. **3.** El bloque constitucional de derechos fundamentales en América Latina. 3.1. Los derechos implícitos como derechos fundamentales. 3.2. Los derechos fundamentales asegurados por el derecho internacional convencional de derechos humanos válidamente incorporado al derecho interno. 3.2.1. La jurisprudencia de la jurisdicción constitucional chilena y latinoamericana sobre incorporación al bloque constitucional de derechos fundamentales de los derechos contenidos en tratados internacionales. 3.3. Los derechos contenidos en principios imperativos de derecho internacional como parte del bloque constitucional de derechos y garantías en Chile. **4.** El control de convencionalidad de las disposiciones de derecho interno que deben efectuar los jueces nacionales determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **5.** Consideraciones finales.

1.

LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, LOS CUALES CONSTITUYEN LÍMITES A LA SOBERANÍA ESTATAL

En el derecho constitucional latinoamericano la afirmación de la dignidad de la persona y de los derechos humanos como soporte del orden constitucional está presente en la mayoría de las Cartas Fundamentales.¹

La dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano; constituye un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal y es una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a persona alguna por el ordenamiento jurídico, al ser inherente a su naturaleza humana; ella no desaparece por más baja y vil que sea la persona en su conducta y sus actos.² El artículo 1.º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas,

¹ Esta posición es extendida en América Latina. Como ejemplos pueden mencionarse la Constitución de Brasil de 1988, artículo 1.º, que señala que la República Federativa de Brasil tiene como fundamentos “[...] III. la dignidad de la persona humana”; la Constitución de Colombia de 1991, cuyo artículo 1.º prescribe: “Colombia es un estado social de derecho [...] fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general”; la Constitución chilena, que en su artículo 1.º determina: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; la Constitución peruana de 1993, que en su artículo 1.º señala: “[...] la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”; la Constitución de Honduras de 1982, cuyo artículo 5.º precisa: “[...] la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”; la Constitución de Guatemala de 1985, que establece en su artículo 1.º: “Protección de la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a su familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

² J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Madrid: Civitas, 1986, p. 25.

de 10 de diciembre de 1948, determina que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Dotados de razón y de conciencia, deben actuar unos con los otros en un espíritu de fraternidad.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, en su preámbulo afirma: “[...] el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento de que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”.

Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, de 1984, precisa en el preámbulo el “reconocimiento de que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”. En el mismo sentido se expresa la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, la que explicita la “dignidad inherente a todos los miembros de la comunidad humana”.

El artículo 1.º, inciso 1.º, de la Constitución chilena precisa: “Las personas nacen libres e iguales *en dignidad* y derechos”.

La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, lo que constituye a la persona como un fin en sí mismo e impide que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarla de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás.

VON WINTRICH sostiene que la dignidad del “hombre, como ente ético-espiritual, puede, por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea”.³ A su vez, GONZÁLEZ PÉREZ señala que la dignidad es la categoría que corresponde al ser humano por estar dotado de inteligencia y voluntad, distinto y superior a todo lo creado, que establece un tratamiento en toda circunstancia concordante con la naturaleza humana.⁴

La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que vertebra todo el ordenamiento constitucional, es fuente de todos los derechos fundamentales e irradia todo el sistema jurídico, el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.

³ VON WINTRICH, *Zur Problematik der Grundrechte* (1957), citado por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, en *Jus. Revista di Scienze Giuridiche*, año L, mayo-agosto, 2003, Università Católica del Sacro Cuore, Milán, p. 205.

⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, p. 112.

Tal perspectiva ha sido asumida por el Tribunal Constitucional chileno, que en su sentencia de 26 de junio de 2008 ha determinado:

Vigésimotercero. Que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos.⁵

Günter DURIG dirá que la dignidad de la persona humana consiste en el hecho de que cada individuo es humano por fuerza de su espíritu, que lo distingue de la naturaleza impersonal y que lo capacita para, con base en su propia decisión, volverse consciente de sí mismo, autodeterminar su conducta, dar forma a su existencia y al medio que lo rodea. Toda persona es un ser que desarrolla su libertad y autonomía autodeterminando su conducta, considerado todo ello en abstracto, independientemente de su efectiva realización en un caso concreto, por lo que aquellos con graves enfermedades mentales o deficientes mentales poseen la misma dignidad y son merecedores del mismo respeto a esa dignidad que cualquier otro ser humano física y mentalmente capaz.

Ingo Wolfgang SARLET sostiene que la dignidad de la persona humana es una cualidad intrínseca y distintiva reconocida a todo individuo, que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por el Estado y la comunidad. En este sentido implica un complejo de derechos y deberes fundamentales que tanto aseguran a la persona contra todo y cualquier acto de cuño degradante o deshumanizado como velan por garantizarle las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos, mediante el debido respeto a los demás seres que integran la red de la vida.⁶

HÄBERLE señala que la dignidad de la persona humana consiste en el “valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana”.⁷

Podemos sostener la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera, por lo que debe

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de junio de 2008, rol n.º 976, considerando 23.º.

⁶ Ingo Wolfgang SARLET, “Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na constituição Federal de 1988”, 7.ª ed. rev. y act., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67 (traducción libre del autor).

⁷ Peter HÄBERLE, “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, en Ingo Wolfgang SARLET (org.), *Dimensões da dignidade*, 2005, p. 104.

rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. La dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el *minimum* invulnerable que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna.

La afirmación constitucional de la dignidad humana es un enunciado de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, que tiene un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad. El valor y principio jurídico de la dignidad humana genera un efecto de irradiación que se difunde sobre los otros principios e instituciones constitucionales.

Esta perspectiva ha sido asumida por el Tribunal Constitucional, que en sentencia de 26 de junio de 2008 ha precisado:

Que lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual esta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella.⁸

El artículo 1.º, inciso 1.º, de la Constitución es una norma directriz a través de la cual debe iluminarse e interpretarse todo el resto del texto constitucional y del ordenamiento jurídico nacional; una pauta interpretativa que debe ser seguida por todos los operadores jurídicos, en cuanto norma rectora suprema de nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, como señala RÍOS ÁLVAREZ, la dignidad de la persona tiene también el carácter de contenido integrador del vacío que puede llegar a producir la falta de reconocimiento o la omisión de un derecho indispensable o esencial a la preservación de la persona humana.⁹

El Tribunal Constitucional chileno, en su sentencia sobre la “Unidad de análisis financiero y modificación del Código Penal en materia de lavados y blanqueo de activos”, ha establecido sobre la materia:

Que en tal orden de ideas cabe recordar, primeramente, por ser base del sistema constitucional imperante en Chile, el artículo 1º inciso primero de la Constitución, el cual dispone que “las

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, 26 de junio de 2008, rol n.º 976, considerando 35.º.

⁹ Lautaro RÍOS ÁLVAREZ, “La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español”, en *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1985, p. 205.

personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Pues bien, la dignidad a la cual se alude en aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad de ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados.¹⁰

El mismo Tribunal Constitucional ha señalado:

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

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

Que, por lo recién expresado, debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema.¹¹

En otra sentencia el Tribunal Constitucional ha precisado:

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

Decimotavo. Que el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 389, de 28 de octubre de 2003, considerando 17.º.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º Rol 943-07, de 10 de junio de 2008, considerandos 30.º al 32.º.

que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no solo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos.¹²

El respeto y la protección de la dignidad del ser humano delimitan la potestad constituyente y la potestad estatal.

Una Constitución que se compromete con la dignidad de la persona humana establece una premisa antropológico-cultural y precisa los contornos de su comprensión del Estado constitucional.

Los ámbitos de la dignidad humana que deben asumirse aplicando la pauta normativa de nuestro artículo 1.º, inciso 1.º, de la Carta Fundamental son las dimensiones ontológicas dadas por la racionalidad y libertad del ser humano (autodeterminación consciente y responsable de su propia vida), como asimismo la de carácter ético o deontológico constituida por la autonomía y el ser un fin en sí mismo, y no un medio o instrumento de nadie.

La noción de dignidad humana es producto del reconocimiento de la unicidad de cada individuo humano y del hecho de que ella es creadora de un deber de igual respeto y protección en el ámbito.¹³

De la dignidad del ser humano emanan la libertad y la igualdad como principios básicos que, a su vez, concretan los derechos humanos.

El respeto y la protección de la dignidad de la persona humana como deber jurídico fundamental del Estado constituye una premisa para todas las cuestiones jurídico-dogmáticas particulares, como asimismo una norma estructural para el Estado y la sociedad que es resistente a la ponderación, de allí la prohibición absoluta de la esclavitud y de la tortura.

El valor y principio de la dignidad humana tiene un carácter absoluto y de obediencia irrestricta. La dignidad humana constituye el mínimo invulnerable del ser humano que el ordenamiento jurídico debe asegurar; cada uno y todos los derechos fundamentales tienen en ella su fundamento y base sustantiva, ya que todos ellos contribuyen a desarrollar ámbitos propios de la dignidad de la persona humana.

En esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversos casos específicos. Mencionaremos a continuación uno de los primeros pronunciamientos en la materia:

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 218-08-INA, de 7 de julio de 2009, considerandos 17.º y 18.º.

¹³ Ingo Wolfgang SARLET, "As dimensões da dignidade da pessoa humana", en Ingo Wolfgang SARLET (org.): *Dimensões da dignidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26.

La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, [...], significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica un craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención.¹⁴

La dignidad de la persona humana determina una concepción instrumental del Estado, una visión personalista de este, en la medida en que el Estado existe en función del desarrollo de las personas y no al revés, lo cual excluye toda concepción estatal sustancialista y toda consideración de las personas como medios o instrumentos al servicio del Estado.

La dignidad humana se vincula y relaciona con la soberanía estatal en la medida en que le fija su fundamento último, ya que ella se ejerce por el pueblo, que es el conjunto de personas dotadas de dignidad humana, espacialmente localizado y temporalmente desarrollado, públicamente vivido y abierto al futuro.

La dignidad humana se expresa también como derecho de participación en la conformación política de la sociedad y el Estado, lo que da lugar a un principio que fundamenta la democracia y a un derecho de participación dentro de la sociedad política que se explicita como derechos políticos y ciudadanía activa.

La dignidad humana es, asimismo, compartida como concepción antropológica, filosófica y moral del humanismo cristiano y del humanismo laico, desde las concepciones conservadoras y liberales hasta los socialismos democráticos.

Obviamente, el orden material de valores que implica la dignidad humana, como asimismo la libertad e igualdad esencial de todos los seres humanos, es considerado por la Constitución chilena como anterior a ella misma, en la medida en que el texto de la Carta Fundamental no crea dichos valores sino que se limita a reconocerlos, asegurarlos y garantizarlos; su fundamento último se encuentra en la idea de ser humano que asume la cultura occidental.

La dignidad de la persona es la fuente y el fundamento de los derechos a través de los cuales se funda el consenso de la sociedad y se legitima el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la república democrática y del Estado de derecho.

La Corte Constitucional alemana ha precisado que el artículo 1.º de la Ley Fundamental de Bonn, conocido como *intangibilidad de la dignidad humana*, “no puede ser modificado mediante una reforma constitucional tal y como lo dispone el artículo 79, inciso 3.º, de la Ley Fundamental; dependerá ante todo de las circunstancias en las cuales se

¹⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, serie C, n.º 4, fundamento 158.

considere violada la dignidad humana. = El trato que afecte la dignidad humana, otorgada por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvaloración de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un trato abyecto”.¹⁵

Ello no nos impide señalar que el concepto dignidad humana tiene contornos imprecisos y es de naturaleza polisémica,¹⁶ en permanente proceso de desarrollo, el que requiere de una constante concreción y delimitación.

La dignidad de la persona humana, por cuanto está ligada a la condición humana, no puede desconocer la dimensión comunitaria de la dignidad de cada persona, ya que convivimos y coexistimos con otras personas en sociedad, en un contexto de intersubjetividad que marcan las relaciones humanas y el reconocimiento de valores socialmente consagrados, donde los semejantes y la sociedad en su conjunto reconozcan y respeten tal dignidad.¹⁷

La dignidad de la persona humana tiene, asimismo, una doble dimensión, que se expresa como autonomía de la persona y su autodeterminación y como necesidad de protección y asistencia por la sociedad y el Estado. Incluso esta segunda dimensión puede prevalecer en algunos casos sobre la primera, cuando el ser humano no se encuentra en condiciones de tomar sus propias decisiones en forma responsable, en cuyo caso la sociedad y el Estado deben brindarle protección (personas deficientes mentales, personas gravemente enfermas, *nasciturus*). Donde hay vida y ser humano estos deben ser protegidos y asegurados en su dignidad, sin que sea decisiva la existencia de conciencia de tal dignidad por el sujeto; bastan las cualidades potenciales e inherentes a todo ser humano.

La dignidad humana se convierte así en límite y tarea de la sociedad en general y del Estado en particular. En efecto, la dignidad del ser humano tiene como límite el que nunca podrá ser convertido en una cosa o en un objeto, en un instrumento para otros fines y no un fin en sí mismo, y genera derechos fundamentales respecto de actos u omisiones que amenacen o vulneren dicha dignidad.

Como tarea, constitucionalmente implícita o explícita, la dignidad humana determina deberes concretos de protección por los órganos estatales para proteger la dignidad de todos los seres humanos, asegurándola a través de medidas positivas o prestacionales como asimismo a través de actividades promocionales que impliquen, particularmente, la

¹⁵ BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69, citada por Jürgen SCHAWÉ, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer y Gustavo Ibáñez, p. 17.

¹⁶ Francis DELPERÉE, “O Derecho a dignidade humana”, en S. R. BARROS y F. A. ZILVETI (coords), *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho*, San Pablo: Dialética, 1999, p. 153.

¹⁷ M. A. ALEGRE MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León: Universidad de León, 1996, p. 19.

remoción de obstáculos que impidan el desarrollo de la dignidad humana y que creen las condiciones que posibiliten el más pleno goce y ejercicio de dicha dignidad, a través de la satisfacción de sus necesidades existenciales.

2.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO EMANACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA

La Constitución chilena, en su artículo 5.º, inciso 2.º, prescribe:

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

En el sistema constitucional chileno y de otros países latinoamericanos puede sostenerse que los derechos no están en las normas (internas o internacionales), no se *constituyen* en la norma positiva, sino que ella solo los asegura, los garantiza y los promueve; los derechos emanan de la dignidad humana. Los derechos tampoco se realizan en las normas sino que se concretan en la vigencia sociológica, la que demuestra la efectividad de los derechos. La norma positiva solo significa vigencia normonológica.¹⁸

Como sostenía MARITAIN:

[...] se trata de establecer la existencia de derechos [...] inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil otorgar, sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos, y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción.¹⁹

Las constituciones explicitan un aseguramiento genérico a la existencia de derechos esenciales, lo que da lugar a un catálogo de derechos que no es taxativo y que se encuentra abierto, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y es consciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y las necesidades esenciales del ser humano.

¹⁸ Germán BIDART CAMPOS, "La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna", en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: UNAM, 1998, p. 98.

¹⁹ Jacques MARITAIN, *Acercas de la filosofía de los derechos del hombre*, Madrid: Debate, 1991, p. 116.

La denominación utilizada de derechos *esenciales* o fundamentales consideramos que explicita la prioridad axiológica y su esencialidad respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos: su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de ella y constituyen el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus jurídico de la persona. Por otra parte, esa denominación denota el carácter de fundamento del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos, que constituyen elementos básicos del ordenamiento jurídico.

El criterio de fundamentalidad de los derechos es esencialmente material o sustantivo; dice relación con la dignidad humana, la libertad y la igualdad que son su fuente, y con los ámbitos que posibilitan la existencia y el desarrollo del ser humano en un contexto histórico y cultural determinado, dentro de una sociedad política construida con su participación y a su medida.

Puede sostenerse que los derechos fundamentales se protegen por su importancia intrínseca, con lo que se desecha la concepción de que ellos son fundamentales porque son protegidos. Como señala FERRAJOLI:

Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer.²⁰

El nexo entre expectativas y derechos garantizados no es de naturaleza empírica sino normativa. Concordamos con FERRAJOLI en que “la ausencia de garantías debe ser considerado como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar”,²¹ la cual puede ser superada por una interpretación integradora de los derechos y sus garantías.

2.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO EXPRESIÓN GENÉRICA QUE INCLUYE TANTO LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES COMO LOS DERECHOS HUMANOS

Por regla general, en una perspectiva tradicional el concepto de *derechos fundamentales* se utiliza para referirse a los derechos asegurados en la Carta Fundamental de cada Estado en forma específica, sin considerar los derechos implícitos. A su vez, *derechos humanos* es una expresión utilizada tradicionalmente para identificar los derechos asegurados por fuentes del derecho internacional.

²⁰ Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid: Trotta, 3.ª ed., 1999, p. 65.

²¹ *Ibídem*, p. 63.

Consideramos que esta perspectiva ha tendido a superarse en la doctrina y en el derecho positivo, en la medida en que los ordenamientos constitucionales latinoamericanos tradicionalmente han reconocido la existencia de derechos implícitos. Además, se ha ido desarrollando una perspectiva de confluencia de los derechos asegurados directamente en la Constitución con los derechos provenientes de fuente internacional y constitucionalizados por la propia Carta Fundamental.

La doctrina constitucional ha empezado a utilizar el concepto de derechos fundamentales abarcando tanto los derechos asegurados en el texto constitucional como los asegurados por el derecho internacional.

Al efecto, Peter HÄBERLE señala que los derechos fundamentales constituyen “el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales”.²²

A su vez, el profesor francés Louis FAVOREU considera que por derechos fundamentales es necesario comprender “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”.²³

En este artículo utilizaremos el concepto de *derechos fundamentales* como derechos reconocidos y asegurados jurídicamente en el ámbito nacional o internacional y que vinculan a los Estados y a las personas.

Los *derechos fundamentales* pueden ser conceptualizados así como *el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, 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 estos.*

La normativa jurídica constitucional chilena y comparada latinoamericana no permiten seguir considerando al derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos en forma compartimentada,²⁴ sino como fuentes de un único sistema de protección de los derechos que tiene por fundamento la dignidad de la persona humana,

²² Peter HÄBERLE, “El concepto de los derechos fundamentales”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid: Universidad Carlos III, p. 94.

²³ Louis FAVOREU, “L’élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires”, en *RFDC* n.º 4, 1990, pp. 581 ss. (traducción nuestra)

²⁴ Antônio CANÇADO TRINDADE, “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y Derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: UNAM, 1998, p. 109.

abordándolos en forma integral, realizando una tarea de armonización e integración, eliminando prejuicios y visiones conflictuales, otorgándoles una visión convergente y optimizadora de los derechos fundamentales.

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

Como señala BIDART CAMPOS:

La fuente interna y la internacional se retroalimentan. Los egoísmos interpretativos, cualquiera sea su origen y cualquiera el método que empleen para reducir el sistema en vez de procurar su ampliación y plenitud, no obedecen ni responden condignamente a la génesis y a la razón histórica del sistema de derechos, que nunca fue ni pudo ser —ni debe ser— de estrechez o angostamiento, sino de optimización en el marco histórico y situacional.²⁵

El derecho internacional de los derechos humanos es fuente del derecho interno cuando contiene elementos que enriquecen al derecho interno, cuando agrega un plus al contenido normativo de los derechos delimitados y configurados en el derecho interno y viceversa. El sistema nacional de derecho enriquece al derecho internacional de los derechos humanos, buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos, todo lo que está reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

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

Ello exige al intérprete una tarea de delimitación y configuración de los derechos fundamentales considerando la fuente interna y la fuente internacional que los aseguran, así como también la jurisprudencia de las cortes supranacionales o internacionales cuya jurisdicción es obligatoria y vinculante para el Estado, ya que este último en cuanto tal y sus órganos

²⁵ Germán BIDART CAMPOS, *La interpretación de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1994, pp. 30-31.

tienen una obligación de resultado respecto de ella, aplicada de buena fe y en cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, los que constituyen límites a la interpretación del operador jurídico

3.

EL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA

Así, podemos sostener, como lo hemos hecho en diversos trabajos académicos precedentes, que en Chile y, en general, en el constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas del siglo XX e inicios del siglo XXI, las constituciones consagran un bloque constitucional de derechos fundamentales.

Por *bloque constitucional de derechos fundamentales* entendemos el conjunto de derechos de la persona (atributos que integran los derechos y sus garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, como son el derecho convencional y los principios de *ius cogens*, y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del texto constitucional o por vía del artículo 29, literal c, de la CADH.²⁶

Este bloque constitucional de derechos, en el ordenamiento constitucional chileno, establece límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5.º, inciso 2.º, de la Constitución vigente. Asimismo nutre de contenido a los derechos expresamente asegurados en la Carta Fundamental, como también permiten asegurar derechos fundamentales que no se encuentran explicitados en la Carta,²⁷ todos los cuales forman parte del parámetro de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

El bloque de derechos fundamentales queda configurado así por:

- a. los que asegura la Carta Fundamental explícitamente;
- b. los derechos implícitos;

²⁶ Dicha disposición establece: “Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] C) Excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

²⁷ Sobre esta materia consúltese Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, pp. 403-466.

- c. los que asegura el derecho convencional internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario;²⁸
- d. los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*,²⁹ y
- e. los que asegura el derecho internacional consuetudinario.

El enfoque interpretativo de la Constitución y desde la Constitución, hecho en materia de derechos fundamentales, se complementa con el derecho internacional de los derechos humanos, el que viene de fuera pero se incorpora como fuente de derechos esenciales o fundamentales y completa así los que asegura directamente la Constitución, como lo establece explícitamente en Chile el artículo 5.º, inciso 2.º.

El *bloque constitucional de derechos fundamentales* que limita la soberanía no es un conjunto cerrado, sino que se encuentra abierto al aseguramiento de nuevas exigencias esenciales de la dignidad de la persona humana.

3.1. LOS DERECHOS IMPLÍCITOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales no son únicamente los asegurados de manera expresa en el texto constitucional, ya que además se encuentran los *derechos implícitos*.

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. Estos derechos 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, por lo que pueden faltar normas de reconocimiento. El constitucionalismo democrático chileno y americano así lo reconocen.

²⁸ La Convención de Viena establece en el artículo 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y en el artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

²⁹ Ellos han sido incorporados al derecho interno mediante la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Chile y vigente desde 1981, cuyo artículo 53 determina: “[...] 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 solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia rol n.º 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 25.º, determina:

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

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

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

[...] en materia de derechos humanos, y de acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la Constitución, existen derechos constitucionales implícitos que son aquellos que no se encuentran expresamente mencionados en el texto constitucional, pero que son derechos esenciales, entre los que pueden citarse el derecho a la personalidad jurídica, el derecho al nombre, el derecho a constituir una familia, que si bien no son Constitución en sentido formal, sí son Constitución en sentido material, ya que tales derechos, de acuerdo a la norma constitucional nombrada, constituyen un límite a la soberanía, por tanto al Poder Constituyente derivado y a los poderes constituidos o instituidos [...].³⁰

Esta perspectiva se encuentra asumida en el derecho constitucional comparado latinoamericano en forma amplia, como asimismo en la jurisprudencia constitucional de sus órganos de jurisdicción constitucional.

Así, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia 477/95, determinó:

De un lado, el artículo 29 inciso c), de la Convención Americana, nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aun cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.

La disposición contenida en el literal c) del artículo 29, establece de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y, por otra parte, otorga un amplio sentido de interpretación de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar el derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica.

El Tribunal Constitucional peruano, en sentencia de marzo de 2004, precisó:

³⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.º 13.597-94, de 26 de septiembre de 1994, considerando décimo, literal f.

Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3º, una “enumeración abierta” de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de la soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno.

Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y notísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.³¹

El mismo Tribunal Constitucional peruano vuelve sobre la materia en la sentencia n.º 1417-2005-AA/TC, donde señala:

[...] la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto *es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se derivan de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales.*³²

El Tribunal Constitucional peruano establece como derecho fundamental no enumerado o implícito el derecho al agua. Al respecto, la sentencia n.º 2064-2004-AA/TC dispone:

El agua constituye un elemento esencial para la salud básica y el desarrollo de la actividad económica, por lo que resulta vital para la supervivencia de todo ser humano [...] Por ello, se reconoce en los ciudadanos el derecho al agua, que impone en los Estados los deberes de respetar, proteger y realizar tal derecho.³³

La misma sentencia agrega:

[El derecho al agua] impone en los Estados los deberes de respetar, proteger y realizar tal derecho. El deber de respeto supone que los Estados aseguren que las actividades de sus instituciones, agencias y representantes no interfieran con el acceso de las personas al agua; el deber de protección frente a terceros manifiesta la implementación de medidas a fin de evitar la contaminación y que aseguren el abastecimiento, la seguridad y la accesibilidad del agua para la población; y el deber de

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, expediente 2488-2002-HC7TC, de 18 de marzo de 2004, párrafos 12 y 13. Texto completo en *Diálogo Jurisprudencial* n.º 1, IIDH, Fundación Konrad Adenauer e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, julio-diciembre de 2006, pp. 137-149.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, expediente 1417-2005-AA/TC, fundamento jurídico 4.º.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano n.º 2064-2004-AA/TC, fundamentos jurídicos 6.º y 7.º, citados por Aníbal QUIROGA LEÓN y María Cristina CHIABRA VALERA, *El derecho procesal constitucional y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima: APECC, 2009, pp. 102-103.

realizar implica implementar políticas que posibiliten progresivamente el acceso de la población al agua potable segura y a instalaciones de saneamiento.³⁴

La sentencia 6546-2006 PA/TC vuelve sobre la materia y precisa:

8. La consideración del rol esencial del agua en pro del individuo y de la sociedad en su conjunto, permite considerar su status no solo al nivel de un derecho fundamental, sino como un valor objetivo que al Estado Constitucional corresponde privilegiar.

9. En cuanto a la posición del individuo como beneficiario del derecho fundamental al agua potable, el Estado se encuentra en la obligación de garantizarle cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia. Sin la presencia de estos tres requisitos, dicho atributo se vería desnaturalizado notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. No se trata, por consiguiente, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario.³⁵

Para hacer evidentes los derechos implícitos o no enumerados en la Constitución y otorgar seguridad jurídica en tal sentido, muchas constituciones han establecido en su texto la afirmación de derechos implícitos o no enumerados. Señalaremos algunos ejemplos.

La *Constitución argentina* ya sostenía en su artículo 33, introducido por la reforma de 1860:

[...] las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

La *Constitución boliviana* de 2009, en su artículo 13, II, precisa:

Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

La *Constitución de Colombia* de 1991, en su artículo 94, determina:

La enunciación de los derechos [...] no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

La *Constitución de Ecuador* de 2008, en su artículo 11, señala:

Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano n.º 2064-2004-AA/TC, fundamentos jurídico 7.º, citado por QUIROGA LEÓN y CHIABRA VALERA, o. cit. (nota 33), pp. 105.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano 6546-2006-PA/TC, de 18 de agosto de 2006, fundamentos jurídicos 8.º y 9.º.

La *Constitución de Uruguay*, en su artículo 72, precisa:

La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

La *Constitución de Venezuela* de 1999 establece en su artículo 22:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Otras constituciones de América Latina que consideran la existencia de derechos implícitos son las de *Brasil* (artículo 5.º, n.º 2), *Costa Rica* (artículo 74), *Guatemala* (artículo 4) y *Paraguay* (artículo 80).

Los derechos implícitos o no enumerados se desprende también, para los Estados que son parte del sistema interamericano de derechos humanos, del artículo 29.c de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual sostiene:

[...] 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 [...].

La disposición contenida en el artículo 29.c de la Convención Americana permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aun cuando no fueron recogidos expresamente por los pactos internacionales o por la Constitución, quedan implícitamente garantizados en virtud de la disposición analizada. Esta norma constituye un expreso reconocimiento de la existencia de derechos implícitos, los cuales no pueden ser desconocidos por el solo hecho de no estar establecidos en una norma positiva.

El artículo 29.a de la CADH precisa adicionalmente que ninguna disposición de la Constitución, la Convención o las leyes debe ser interpretada en el sentido de que permita al Estado suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Ello exige al Estado parte y a sus operadores jurídicos aplicar el principio *favor persona* o *favor hómine* y el principio de progresividad, considerando la norma que mejor protege u optimiza el derecho fundamental.

En materia de derechos humanos, habrá solo interpretación cuando se señale que fuera de las normas no hay otros derechos, mientras que además de interpretación habrá integración cuando se considere que fuera de las normas sobre derechos hay derechos que carecen de normas.

[Es posible] proponer que cuando faltan normas sobre derechos y quien detecta esa ausencia o laguna normativa cree o valora que, pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, *la carencia se debe colmar a través de la integración, para cuya efectividad también es menester “interpretar” (encontrar el sentido) del sistema completo de derechos, en el que algunos constan en normas y otros carecen de ellas.*³⁶

3.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ASEGURADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS VÁLIDAMENTE INCORPORADO AL DERECHO INTERNO

Por otra parte, los ordenamientos constitucionales latinoamericanos han ido consolidando progresivamente en las constituciones del último tercio del siglo XX y la primera década del siglo XXI la perspectiva de que los derechos fundamentales no son solo los derechos asegurados en el texto constitucional y los derechos implícitos, sino que integran con rango constitucional los derechos en sus atributos y garantías que se encuentran asegurados por los tratados internacionales ratificados y vigentes, sin perjuicio de que una cantidad apreciable de constituciones otorgan a la fuente internacional convencional de derechos humanos jerarquía constitucional.

La *Constitución chilena reformada en 1989*, en su artículo 5.º, inciso 2.º, determina:

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

³⁶ Germán BIDART CAMPOS, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 58. En el caso chileno, ello ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional en su sentencia rol n.º 22 de 1995, en el que reconoció que, si bien el texto literal constitucional del derecho a la libertad de información (artículo 19.12) no lo contempla, el derecho a ser informado es un derecho constitucional. Asimismo, la jurisprudencia de los tribunales superiores ordinarios (cortes de apelaciones y Corte Suprema) en diversos fallos ha reconocido el derecho a la propia imagen, pese a no estar consignado en el texto constitucional como derecho fundamental.

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

Así lo ha entendido también una parte importante del constitucionalismo democrático latinoamericano, el cual en muchos casos no solo incorpora al derecho interno como constitución material los atributos y garantías de los derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, sino que incorpora los tratados internacionales de derechos humanos como fuentes del derecho constitucional y con rango de constitución no solo material, sino también de constitución formal.

En esta perspectiva, a modo ejemplar pueden señalarse diversas constituciones latinoamericanas.

La reforma constitucional argentina de 1994 incorpora a la Carta Fundamental, en su artículo 75, numeral 22 —que establece las atribuciones del Congreso—, la especificación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Ellos son:

[...] la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ellos reconocidas. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

La Constitución de Bolivia de 2009, en su artículo 13.IV, determina:

[...] los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de

Excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

En su artículo 410 la Constitución boliviana explicita con meridiana claridad la idea del bloque de constitucionalidad:

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El *bloque de constitucionalidad* está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.

La *Constitución de Brasil de 1988*, artículo 4, determina:

[...] la República de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: [...] II. Prevalencia de los Derechos Humanos.

A su vez, en la enmienda constitucional n.º 45, de 2004, estableció en su artículo 5.º, LXXVIII, n.º 3:

Los tratados y convenciones internacionales aprobados en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos votaciones, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales.

Por esta disposición, los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional.

En la doctrina brasilera, Ingo W. SARLET señala que con la adopción prevista en el artículo 5.º, n.º 3, de la Constitución Federal del Brasil, los tratados en materia de derechos humanos pasan a integrar el bloque de constitucionalidad, que representa la reunión de diferentes diplomas normativos de cuño constitucional, los cuales actúan, en su conjunto, como parámetros de control de constitucionalidad.³⁷

La *Constitución de Colombia de 1991*, artículo 93, establece:

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

³⁷ Ingo W. SARLET, "Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos na Constituição Federal Brasileira de 1988", en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 10 A, Curitiba: Jurua, 2006.

La *Constitución de Costa Rica*, en su artículo 48, introducido por reforma del 18 de agosto de 1989, dispone:

Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para *mantener o restablecer el goce de los* otros derechos consagrados en esta *Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República*. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el Artículo 10.

La *Constitución del Ecuador* de 2008 precisa en su artículo 11, n.º 3:

[...] los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación, por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte [...]

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Agrega el n.º 8 del mismo artículo:

[...] el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas [...].

[...] será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

La *Constitución ecuatoriana* de 2008, en su artículo 417, prescribe:

[...] en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

La Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 46, establece el principio:

[...] en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho Interno.

La *Carta Fundamental de Nicaragua* de 1987, artículo 46, señala que se integran a la enumeración constitucional de derechos aquellos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre;

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, con objeto de darles adecuada protección.

La *Constitución de Venezuela* de 1999, en su artículo 23, prevé:

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Asimismo, el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos, así como su carácter internacional y supraestatal, reconocido por los Estados al ratificar los diversos tratados, los obliga a respetar, garantizar y promover los derechos contenidos en las normas de derecho internacional vigentes en la materia, lo que significa la subordinación a los estándares mínimos previstos por el derecho internacional y sus órganos jurisdiccionales de aplicación, a los cuales se les ha reconocido jurisdicción vinculante y la calidad de intérpretes finales de tales derechos.

3.2.1. La jurisprudencia de la jurisdicción constitucional chilena y latinoamericana sobre incorporación al bloque constitucional de derechos fundamentales de los derechos contenidos en tratados internacionales

En diversos fallos 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 infraconstitucionales.

El Tribunal Constitucional ha establecido como aplicación de las bases de nuestro ordenamiento constitucional:

[...] el respeto y promoción de los derechos esenciales del hombre, que son superiores y anteriores al Estado y a la Constitución, que no los crea sino que reconoce y asegura.

Y agrega:

[...] estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu de las disposiciones de la Constitución.³⁸

El Tribunal Constitucional Chileno ha incorporado los derechos fundamentales contenidos en tratados y convenciones internacionales de derechos humanos al parámetro de control de constitucionalidad de los preceptos legales. Así ha precisado, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, la utilización del interés superior del menor como parámetro para controlar la constitucionalidad del proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal Juvenil, en sentencia rol n.º 786-2007, de 13 de junio de 2007. Luego de requerimiento de inconstitucionalidad del artículo único, n.º 3, del proyecto de ley modificatorio de la ley n.º 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23, n.º 1, del citado cuerpo legal, ha aceptado entrar a conocer del vicio de inconstitucionalidad planteado por más de una cuarta parte de los diputados en ejercicio. Estos sostenían que dicho proyecto infringía el artículo 5.º, inciso 2.º, de la Constitución por cuanto este establecía como límite de la soberanía, y por tanto del ejercicio de la potestad legislativa, los derechos del niño contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, que exigen atender al interés superior del niño, criterio asumido como parte del parámetro de control de constitucionalidad empleado por el Tribunal Constitucional:

Vigesimoquinto: Que, habiéndose rechazado las inconstitucionalidades de forma alegadas en el requerimiento, corresponde pronunciarse sobre el vicio de fondo invocado y que consiste en que el artículo 23 n.º 1, contenido en el numeral 3 del artículo único del proyecto de ley modificatorio de la Ley n.º 20.084, sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, vulneraría el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental en relación con los artículos 3.1, 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el principio de no retroceso en materia de derechos humanos;

Vigesimosexto: Que la referida inconstitucionalidad consistiría, específicamente, a juicio de los requirentes, en que al establecer la norma impugnada del proyecto modificatorio de la Ley n.º 20.084, como única sanción posible, para el tramo de penalidad superior a 5 años, la de internación en régimen cerrado, configuraría una violación al artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental que consagra el deber de los órganos del Estado —como es el caso del legislador— de respetar y promover los derechos esenciales del ser humano garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Ello, porque el legislador no habría respetado

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 943-07-INA, de 10 de junio de 2008, considerando 16.º.

el principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los artículos 37, 40 y 41 de la misma, según los cuales la privación de libertad de los adolescentes debe ser la ultima ratio e imponerse por el menor tiempo posible;

Vigésimoséptimo: Que planteada, en esos términos, la cuestión de constitucionalidad sometida a la decisión de este Tribunal, ella debe ser necesariamente desechada, por las razones que se expresarán.

Cabe destacar, en tal sentido, que todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del “interés superior” del mismo. Ello se comprueba al examinar en detalle la normativa contenida en la Ley n° 20.084 [...].

Vigésimoctavo: Que, en ese contexto, no se divisa cómo una indicación parlamentaria destinada a eliminar la opción del juez de aplicar la internación en régimen semicerrado para aquellos adolescentes condenados por delitos que merezcan penas superiores a 5 años de privación de libertad, al menos durante los dos primeros años de la condena, pueda implicar una vulneración al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental

En efecto, ya se ha recordado de qué manera la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir, la que, sin duda, ha tenido presente que, de conformidad con el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, no prohíbe la privación de libertad de los adolescentes, sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que solo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del mismo legislador.³⁹

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 29 de septiembre de 2009, reafirma el uso del bloque constitucional de derechos fundamentales al utilizar nuevamente los atributos de los derechos fundamentales deducidos de derechos asegurados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como parámetro de control de constitucionalidad de preceptos legales contenidos en el Código Civil, en específico para declarar inaplicable por inconstitucional el artículo 206 de Código Civil:

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 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

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.° 786-2007, de 13 de junio de 2007, considerandos 25.° a 28.°.

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°);

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 7° 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 solo 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 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;”

Decimoprimer: Que en el conflicto constitucional planteado en la especie, se encuentra justamente comprometido el derecho a la identidad personal, pues la norma impugnada —el artículo 206 del Código Civil— se inserta dentro del párrafo “De las acciones de reclamación”, ubicado en el Título VIII, referido a “Las acciones de filiación” que pretenden obtener el reconocimiento de ese estado civil, tanto matrimonial como no matrimonial. Esto es, se trata de un precepto en virtud del cual una persona puede perseguir el reconocimiento de su origen por la vía de la determinación precisa de quién fue su padre o su madre, asegurando, de esta manera, el conocimiento de su origen y, por ende, de su posición dentro de la sociedad;

[...]

Decimotercero: Que, en base a los artículos citados y como lo ha sostenido la doctrina especializada, la acción de reclamación del estado de hijo “es aquella que persigue determinar la filiación matrimonial o no matrimonial, que no se posee, por parte del hijo contra su padre o madre o ambos. O por parte de éstos contra el hijo y sus padres aparentes, para determinar su verdadero estado, dejando sin efecto el que mantiene aparentemente”. (Maricruz Gómez de la Torre Vargas. “El sistema filiativo chileno”. *Jurídica de Chile*, Santiago, 2007, p. 89);

[...]

Decimoquinto: [...] Tampoco corresponde a esta Magistratura pronunciarse acerca de si el artículo 206 del Código Civil debe aplicarse con preferencia a la regla contenida en el artículo 317, inciso segundo, del mismo cuerpo legal, que prescribe: “Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la

acción y, también, los herederos del hijo fallecido cuando éstos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla”. La dilucidación de un conflicto de esta naturaleza también es propia del juez de familia que conoce de la causa sub lite.

En consecuencia, lo que en esta sede constitucional deberá decidirse es si la aplicación de la regla contemplada en el artículo 206 del Código Civil puede resultar contraria al artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, permitiendo que los órganos del Estado —el legislador y, eventualmente, el sentenciador de fondo— incumplan su deber de respetar y promover el derecho a la identidad personal en estrecho ligamen con la dignidad humana proclamada solemnemente en el artículo 1º, inciso primero, del Código Político. Dicho en otros términos, lo que habrá de resolverse en este primer capítulo de inconstitucionalidad es si el derecho a la identidad personal resulta lesionado por haberse aprobado por el legislador y, eventualmente, por aplicarse por el juzgador una norma que limita la posibilidad procesal de que una persona conozca su origen y, por ende, su posición dentro de la sociedad;

[...]

Vigesimoquinto: Que, en el caso del hijo que, como ocurre en la especie, está reclamando el reconocimiento de su filiación, aunque no se encuentre dentro de los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil a juicio del juez de la causa, se encontraría en la imposibilidad de accionar contra los herederos del supuesto padre viéndose privado absolutamente de la facultad de ejercer su derecho a la identidad personal, afectándose, además y de forma permanente, su integridad psíquica y su honra.

En efecto, si —como en el caso de autos— el supuesto padre ha fallecido después de transcurridos los ciento ochenta días siguientes al parto, el demandante quedará siempre con la interrogante abierta acerca de su origen y, por ende, de su verdadero nombre, que es un atributo de la personalidad. Esa hipótesis efectivamente podría darse en la causa sub lite en caso de que el juez estimase, precisamente, que el actor no se encuentra dentro de los supuestos contemplados en el precepto legal impugnado;

[...]

Vigesimoséptimo: Que, en otro orden de consideraciones, el criterio de hermenéutica constitucional conocido como la regla del “efecto útil” exige propiciar interpretaciones que no priven absolutamente de efectos a los valores, principios y reglas constitucionales. Según Luchaire, “cuando una disposición es susceptible de dos sentidos, es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto antes que en el sentido con el cual no podría producir ninguno”. (Citado por Nogueira, Ob. cit., p. 119).

Así, también desde este punto de vista, no corresponde acoger una interpretación que, restringiendo la posibilidad de obtener el reconocimiento de la paternidad solo a la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil, pugne con el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, dejando sin efecto el derecho a la identidad personal, en estrecho ligamen con el valor de la dignidad humana, consignado en su artículo 1º, inciso primero;

Vigesimoctavo: Que, por las razones anotadas, este Tribunal decidirá que el artículo 206 del Código Civil, impugnado por el Juez de Familia de Pudahuel, en la causa sobre reclamación de paternidad RIT n° C-111-2009, resulta contrario al artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en relación con su artículo 1º, inciso primero, y así se declarará.⁴⁰

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.º 1.340-09, de 29 de septiembre de 2009.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia rol n.º 740-07, de 18 de abril de 2008, utiliza profusamente diversos enunciados normativos sobre el derecho a la vida contenidos en el derecho convencional internacional de los derechos humanos, como asimismo resoluciones de sus órganos de aplicación, para determinar desde cuándo se asegura en nuestro ordenamiento constitucional el derecho a la vida del *nasciturus* o de la persona que se encuentra por nacer. A manera ejemplar pueden transcribirse los siguientes considerandos:

Cuadragésimoquinto: Que, sobre la base de lo afirmado, puede sostenerse que el estatuto constitucional chileno se construye sobre la base del reconocimiento de la persona como sujeto de derecho y, en particular, como titular de los derechos que se aseguran en el artículo 19 de la Carta Fundamental cuanto de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

[...]

Quincuagesimotercero: Que, en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos —tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente— señala, en su artículo 4.1:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

De esta manera, este tratado internacional —que forma parte del ordenamiento jurídico chileno— resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquella que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución;

Quincuagesimocuarto: Que, de esta forma, queda claro que, para el Constituyente —y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas—, el embrión o el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción.

Corresponde ahora examinar la protección específica que aquél merece en cuanto titular del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica que se asegura a todas las personas en el artículo 19, n.º 1, de la Ley Suprema;

Quincuagesimoquinto: Que, previo a consignar los alcances constitucionales de la protección de la vida y de la integridad física y psíquica a que tiene derecho la persona desde su concepción, es menester ubicar la posición que tiene este derecho en la estructura de los derechos fundamentales reconocidos y asegurados por la Constitución.

En este sentido, cabe observar que el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales.

Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación General sobre el artículo 6º del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la vida es “el derecho supremo respecto del cual no se autoriza sus-

pensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación”. Ha agregado, asimismo, que “el derecho a la vida es el más esencial de estos derechos”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por su parte, que “el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y conditio sine qua non para el goce de todos los demás derechos”;

Quincuagesimosexto: Que el derecho a la vida asegurado por el artículo 19 n.º 1 de la Constitución, en consonancia con el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, asegura a toda persona —incluyendo al nasciturus— el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres. Si se quiere, “es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla su propio sujeto” (José Joaquín Ugarte Godoy. El derecho a la vida y la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Volumen 33, n.º 33, 2006, p. 514).

Resulta necesario advertir que el Constituyente chileno aseguró el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, pues el derecho a conservar la vida como un todo incluye la posibilidad de exigir que ella no sea menoscabada, física o psíquicamente. De esta manera se trata de dos derechos que, aunque diferentes, se relacionan y complementan de manera inescindible.⁴¹

La Corte Suprema de Justicia chilena también ha reconocido que los derechos esenciales contenidos en los tratados constituyen límites al ejercicio del poder estatal, incluido el poder constituyente, lo que puede verse en los considerandos de los siguientes fallos:

En sentencia de 1998, la Corte Suprema determinó:

Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce colmo límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean desconocidos (Fallos del Mes nº 446, sección criminal, página 2066, considerando 4º).⁴²

En otra sentencia de 2006, la Corte Suprema precisó:

Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma fundamental contenida en el artículo 5º de la Carta

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, rol n.º 740-07, de 18 de abril de 2008, considerandos 45 y 53-56.

⁴² Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 469-98, de 9 de septiembre de 1998, citado por José Luis CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, tomo I, Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2002, p. 236

Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, “valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos” (S.C.S. 30.1.2006).⁴³

A su vez, la Corte Suprema chilena, en sentencia de 25 de abril de 2005, rol 740-05, en recurso de nulidad de sentencia penal por infracción de derechos fundamentales, ha precisado:

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

En otra sentencia rol, n.º 4183-06, de 18 de abril de 2007, la Corte Suprema reitera la misma perspectiva:

Décimo: Que, a lo anterior, y conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5º de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derecho Humanos, que señala: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b. A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”; el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d. Derecho del inculcado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”; de todo lo anterior, se puede sostener que se trata de un derecho fundamental, como gozar de la

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema, rol n.º 559-04, de 13 de diciembre de 2006, considerando 22.

defensa técnica que lleva a cabo el abogado defensor, y que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la eventual falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o la 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.⁴⁴

En el mismo sentido se había pronunciado ya la Corte de Apelaciones de Temuco en 1994:

[...] de acuerdo con el artículo 5º, inciso 2º de la Carta Fundamental, los derechos asegurados en los tratados se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material y 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.⁴⁵

En la misma línea se encuentra sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 16 de septiembre de 2009:

Décimo: El derecho como se desprende con claridad del artículo 1 y el capítulo tercero de la Constitución Política del Estado, está compuesto por normas, valores y principios. Además, el que un tratado o convenio esté o no vigente, como legislación nacional, no impide en materia de interpretación y argumentación considerarlo como un elemento más de convicción en el momento de adoptar una decisión, considerando además los principios imperativos del derecho internacional, reconocido por todos los Estados como es el *ius cogens* y el denominado bloque constitucional, del profesor Humberto Nogueira que comprende los derechos consagrados expresamente por la Constitución, los que establecen el derecho convencional internacional a través del artículo 5 inciso 2 de nuestra Constitución, los principios imperativos del Derecho Internacional citados y los derechos implícitos, reconocidos en el artículo 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, debe considerarse, que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 27, en cuanto una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.⁴⁶

A su vez, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia de 2008, en recurso de nulidad penal, determinó:

⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, rol n.º 4183-06, de 18 de abril de 2007, considerando 10.

⁴⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 22 de septiembre de 2004, considerando 2.º.

⁴⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones Temuco, recurso de protección *Francisca Linconao Huiricapan contra la Sociedad Palermo Limitada*, 16 de septiembre de 2009, rol n.º 1773-2008, considerando 10.

[...] el ordenamiento jurídico exige el cumplimiento de los tratados internacionales, a los que el derecho público y la doctrina en general le otorgan un rango constitucional en la obligatoriedad de su aplicación y es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8° n° 2, letra h), la que establece que toda persona juzgada en un procedimiento penal tiene entre otros derechos “el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior”; también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 n° 5) señala que toda persona culpable tiene el derecho de exigir que un tribunal superior confirme lo prescrito por la ley respecto de una sentencia condenatoria y su pena. Tratados internacionales suscritos por Chile, cuyo obediencia es indiscutible, de modo que corresponde a este tribunal concertar un debido proceso [...].⁴⁷

Distintos tribunales ordinarios y cortes constitucionales que ejercen jurisdicción constitucional en los países de América Latina, al igual que los órganos de jurisdicción constitucional chilenos, han determinado claramente en su jurisprudencia la aplicación del *bloque constitucional de derechos*, entendiendo incorporados al texto constitucional los atributos y garantías de los derechos fundamentales asegurados en el derecho convencional internacional de derechos humanos recepcionado en el derecho interno. Como ejemplo citamos algunos fallos.

La *Corte Suprema argentina* tiene una línea jurisprudencial consolidada acerca de la integración del bloque constitucional con los derechos asegurados por tratados internacionales, como asimismo sostiene el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia.

En el caso *Hoof* la Corte Suprema, en recurso extraordinario, admitió la demanda, y argumentando la violación de los artículos 23 de la CADH y 25 del PIDCyP de las Naciones Unidas, ambos equiparados a la Constitución Nacional, declaró discriminatoria la disposición de la Constitución provincial de Buenos Aires, en su artículo 177, que exige haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero, como requisito para ser juez de cámara o de casación.⁴⁸

En el caso *Simón* la Corte Suprema argentina aplicó el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho internacional humanitario y los principios de *ius cogens*, y en el considerando 23 de la moción de mayoría determinó que las dudas sobre el alcance concreto del deber del Estado argentino en relación con las leyes de Punto Final y Obediencia Debida habían quedado esclarecidas a partir de la decisión de la

⁴⁷ Sentencia de Corte de Apelaciones de Antofagasta, en recurso de nulidad acogido, rol n.º 103-2008, de 11 de junio de 2008.

⁴⁸ “Hoof, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, de 16 de noviembre de 2004, en *Fallos*, 327:3294.

Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*. En el considerando 24 precisó que la traslación de las conclusiones de *Barrios Altos* al caso argentino “resulta imperativa” si es que las decisiones de la Corte interamericana “han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”.

El *Tribunal Constitucional de Bolivia*, en sentencia 1494/2004-R, de 16 de septiembre de 2004, en fundamentos jurídicos III.1, segundo párrafo, estableció:

Ahora bien, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, los derechos tutelables a través del amparo constitucional, son los siguientes: 1. los expresamente previstos en el catálogo de derechos señalado en el artículo 7 de la CPE; 2. otros derechos que si bien no están incluidos en el artículo 7 aludido, por su naturaleza y ubicación sistemática, son parte integrante de los derechos fundamentales que establece el orden constitucional boliviano (así, SSCC 338/2003-R, 1662/2003-R, 686/2004-R, entre otras); 3. los derechos contenidos en los tratados sobre derechos humanos suscritos por Bolivia; pues, como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal, “... *forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa...*” (así, SSCC 1494/2003-R, 1662/2003-R, entre otras).

La sentencia de la *Corte Constitucional colombiana* C-225/95, en el fundamento jurídico 12, determinó:

[...] el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP 93 y 214 n° 2) es que estos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C.P. artículo 4°), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C.P., artículo 93).

La Sala Constitucional de la *Corte Suprema de Costa Rica*, en sentencia V-282-90, del 13 de marzo de 1990 a las 17.00 h, determinó:

[...] sin embargo, la previsión del artículo 8 de la CNACR no es innecesaria ni reiterativa, sino que constituye una garantía más para la protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. En efecto, por medio de este precepto normativo se incorporan expresamente al ordenamiento interno las declaraciones de derechos de carácter supranacional; lo que vincula directamente al ordenamiento costarricense con tales declaraciones. De esta manera, los Tratados internacionales relativos a esta materia no son solo parte del ordenamiento interno; son, además,

un patrón de interpretación de cualquier precepto, constitucional o legal, relativo al Código de la Niñez y la Adolescencia.⁴⁹

A su vez, la misma sala, en su fallo 3435, de 1992, y su aclaración n.º 5759-93, determinó:

[...] los instrumentos de derechos humanos, vigentes en Costa Rica, tienen no solo un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica declara la inconstitucionalidad de preceptos legales no solo con base en el texto constitucional, sino también en los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

2. [...] que la Ley n.º 4420 de 22 de septiembre de 1969, Ley orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso —pleno— de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Omite la Sala referirse a las opiniones separadas y declaraciones que algunos de los jueces consignaron, toda vez que para los fines de esta sentencia no adquieren la fuerza de la parte dispositiva, en los términos textualmente transcritos, si bien extienden y apuntalan el criterio de ilegitimidad de la colegiación de periodistas. La opinión de la Corte es muy extensa y rigurosa en el tratamiento del tema, pero a fin de que más adelante esta misma sentencia pueda precisar su propio alcance, cabe señalar que en el numeral 34 de las consideraciones está una parte clave de la decisión, cuando afirma:

[...] en principio la libertad de expresión requiere que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a los medios de comunicación social.

Acto seguido, agrega la Corte:

[La libertad de expresión] también requiere que los medios de comunicación sean, en la práctica, verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla.

⁴⁹ Citada por Gilbert ARMÍJO, “La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica”, en *Ius et Praxis*, año 9 n.º 1, Talca: Universidad de Talca, 2003, p. 51.

Y así señala, por la vía del ejemplo, que con lo anterior solamente son compatibles condiciones en las que haya: a) pluralidad de medios de comunicación social, y b) prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera que sea la forma en que se manifieste y “la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas”. Eso, además de lo que explícitamente señala el artículo 13 de la Convención, que en lo que estrictamente tiene que ver con esta acción se torna demasiado notorio.

La Corte acudió en apoyo de su argumentación a los artículos 29 y 32 del propio Pacto de San José de Costa Rica, pues allí se contienen criterios de interpretación del instrumento, y de esa normativa extrajo que las posibles restricciones permitidas por el artículo 13.2 deben ser compatibles con conceptos como *instituciones democráticas*, *democracia representativa* y *sociedades democráticas*, que se recogen a lo largo de su texto y que necesariamente deben servir de parámetro para sus decisiones.

VI. Ahora bien, si la Corte elogió el hecho de que Costa Rica acudiera en procura de su opinión, emitida hace diez años, resulta inexplicable lo que desde aquella fecha ha seguido sucediendo en el país en la materia decidida, puesto que las cosas han permanecido igual y la norma declarada incompatible en aquella ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia. Eso llama a la reflexión, porque para darle una lógica al sistema, ya en la Parte I, la Convención establece dentro de los deberes de los Estados, respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio (artículo 2). Especialmente debe transcribirse lo que dispone el artículo 68:

“1. Los estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes...”

Si se pretendiera que tal norma, por referirse a quienes “sean partes”, solamente contempla la situación de los casos contenciosos, la Corte Interamericana misma ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también a la materia consultiva (OC-3-83), y en el caso bajo examen no le cabe duda a la Sala que Costa Rica asumió el carácter de parte en el procedimiento de consulta, toda vez que ella misma la formuló y la opinión se refiere al caso específico de una ley costarricense declarada incompatible con la Convención. Por lo tanto, se trata de una ley (la norma específica) declarada formalmente ilegítima. Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia n.º 3435-92 y su aclaración, n.º 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional,

es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años.

VII. No puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede obedecer a un punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que esta Sala tiene ahora para resolver, debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho— servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (artículo 7.1).

En los propios antecedentes de este asunto, está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura —obligatoria— para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras palabras, la tesis de “la fuerza moral de la opinión consultiva”, si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países —Estados— que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta —Opinión Consultiva— la puede archivar aquél lisa y llanamente.

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley n.º 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e in-

terpretación. Ciertamente, no ha sucedido así y desde hace ya casi diez años, como se dijo, el Estado costarricense ha mal disimulado su deber a acatar lo dispuesto por la Corte, la que precisamente se pronunció ante la propia petición de este país.

VIII. Es necesario agregar que, por virtud de la reforma a la Constitución Política, se crea la Sala Constitucional, la cual entre sus amplias competencias tiene la de “declarar la inconstitucionalidad de las normas” (artículo 10). A su vez, la Ley de la Jurisdicción Constitucional desarrolla esa competencia y solamente para señalar dos ejemplos, dispone:

“Artículo 1°. La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y los del derecho internacional o comunitario vigente en la República, la uniforme interpretación y aplicación de los mismos y los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”.

“Artículo 2°. Corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

a)...

b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como de la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad...”

Se hace más que notorio que la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país. Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia. De tal manera, sin necesidad de un pronunciamiento duplicado, fundado en los mismos argumentos de esa opinión, la Sala estima que es claro para Costa Rica que la normativa de la Ley n° 4420, en cuanto se refiere a lo aquí discutido por el señor ROGER AJUN BLANCO, es ilegítima y atenta contra el derecho a la información, en el amplio sentido que lo desarrolla el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, tanto como de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política. Con la advertencia, por ser consustancial al control de constitucionalidad actual, que a la luz de lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, esta sentencia tiene carácter declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia de la norma anulada. Como una consecuencia propia de este pronunciamiento, quienes hubieran sido condenados por violación a lo dispuesto por la norma anulada, podrán plantear recurso de revisión dentro de los quince días posteriores a la publicación de esta sentencia en el Boletín Judicial.

Esta declaración no prejuzga ni alcanza lo relativo a la legitimidad de la existencia del Colegio de Periodistas de Costa Rica, ni tampoco hace relación a la profesión de periodista, por no tratarse de aspectos que, a la luz de lo reglado por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, hayan estado en lo impugnado por el accionante, o estuvieran directa o indirectamente relacionados con lo decidido,

toda vez que la colegiación obligatoria de periodistas solamente es ilegítima en cuanto impida (vid. OC-5-85) la libertad de expresión y el uso de los medios de comunicación social como instrumentos al servicio de aquélla y de la de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.

Por tanto:

Se declara con lugar la acción y en consecuencia se anula el artículo 22 de la Ley n.º 4420, de 22 septiembre de 1969. Esta sentencia es declarativa y sus efectos retroactivos a la fecha de vigencia de la norma anulada. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensiona esta sentencia en el sentido de que las personas que hubieran sido condenadas, por virtud de aquélla, pueden formular recurso de revisión, a la luz de lo dispuesto por el artículo 490 inciso 6) del Código de Procedimientos Penales, dentro de los quince días posteriores a la publicación de esta sentencia. Publíquese íntegramente esta sentencia en el Boletín Judicial. Reséñese en el Diario Oficial La Gaceta. Comuníquese a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

Luis Paulino Mora M.

R. E. Piza E. Luis Fernando Solano C. Eduardo Sancho G. Carlos Ml. Arguedas R. José Luis Molina Q. Mario Granados M. LFSC/OARL/fabm.⁵⁰

El *Tribunal Constitucional del Ecuador*, en el fallo n.º 002-2002-CC, de 12 de febrero de 2003, aplicó la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana para determinar el correcto sentido y alcance del artículo 187 de la Carta Fundamental, que establece la justicia militar para el juzgamiento de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de sus labores profesionales. Al respecto sostuvo:

Que tanto el artículo 187 del texto constitucional como su vigésimo séptima disposición transitoria deben ser interpretados en concordancia con la consagración de las garantías judiciales del debido proceso que contiene la misma Constitución ecuatoriana, que se han señalado en este fallo, y con las reconocidas en los instrumentos internacionales vigentes en materia de derechos humanos, de obligatoria aplicación para el Ecuador y, por tanto, de todos los órganos del Poder Público, incluyéndose, naturalmente, los que ejercen jurisdicción, tal como lo ordenan los artículos 17 y 18 de la Constitución.

[...]

Que, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de las garantías judiciales, establece que el juez o tribunal encargado de la sustanciación de cualquier

⁵⁰ Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, expediente 0421-S-90, n.º 2313-95, a las 16:18 del 9 de mayo de 1995.

acusación penal debe ser competente, independiente e imparcial, como elementos esenciales del debido proceso legal;

Que, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”, agregando el Alto tribunal que, “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”, por lo que el Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C n° 2),

Que, por lo expuesto, en virtud de los principios de imparcialidad e independencia que informan la administración de justicia, los delitos comunes, incluso los cometidos por miembros de la Fuerza Pública, deben ser juzgados por la justicia ordinaria.⁵¹

La Corte Suprema de El Salvador, en sentencia de 2004, ha precisado:

[...] corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelven nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho constitucional, es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.

En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el [derecho internacional de los derechos humanos], en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional de los derechos humanos.⁵²

⁵¹ Citada por Marcos MORALES TOBAR, “Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia en el Ecuador”, en *Ius et Praxis*, año 9 n.º 1, Talca, Universidad de Talca, 2003, pp. 104-105.

⁵² Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, caso *Inconstitucionalidad de la Ley Antimaras*, sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de 1.º de abril de 2004, considerando 3.º. Véase el texto en *Diálogo Jurisprudencial* n.º 1, IIDH, Fundación Konrad Adenauer e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, julio-diciembre de 2006, pp. 153-163.

La *Corte Constitucional de Guatemala* ha determinado que los tratados de derechos humanos ingresan al orden jurídico interno con carácter de norma constitucional pero sin potestad reformatoria o derogatoria (sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente n.º 280/90, considerando VIII).⁵³

El *Tribunal Constitucional peruano*, en sentencia n.º 1124-2001-AA/TC, ha precisado:

[...] de conformidad con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (artículo 55 Const.).⁵⁴

Una sentencia del *Tribunal Constitucional peruano* aún más clara es el expediente n.º 1417-2005-AA/TC, en el cual se determina:

[...] la noción de “sustento constitucional directo” [...] no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine), en el que se integra la norma fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55 de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control de constitucionalidad o “bloque de constitucionalidad”.⁵⁵

El mismo tribunal, en sentencia de julio de 2006, ha determinado:

La Constitución [...] exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la

⁵³ Véase Ariel DULITZKY, “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en Thomas BUERGENTHAL y Antônio CANÇADO TRINDADE, *Estudios especializados de derechos humanos*, tomo I, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, p. 158.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano n.º 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 9.º; en el mismo sentido, STC n.º 0217-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2.º.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, expediente n.º 1417-2005-AA/TC, caso *Manuel Anicama Fernández*, fundamento jurídico 9.º.

dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder.⁵⁶

La *Suprema Corte de Justicia del Uruguay*, en sentencia n.º 365/09, de 19/X/09, declaró inconstitucionales e inaplicables en el caso concreto los artículos 1.º, 3.º y 4.º de la ley n.º 15848. Al respecto determinó:

La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del artículo 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos.

En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón: “El ‘Estado de Derecho’ (Rechtsstaat)”, en *Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Montevideo 1957, p. 604).

El citado autor sostiene: “En el Uruguay, los principios generales de derecho ‘inherentes a la personalidad humana’, tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario” (Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, 2ª edición, Montevideo 1965, p. 15).

En la misma dirección, Riso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana” (Riso Ferrand, Martín: *Derecho Constitucional*, tomo 1, 2ª edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p. 114).

Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, expediente N2730-2006-PA/CT, 21 de julio de 2006, caso *Arturo Castillo Chirinos*, considerando 9.º. Véase el texto completo en *Diálogo Jurisprudencial* n.º 1, IIDH, Fundación Konrad Adenauer e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, julio-diciembre de 2006, pp. 275-307.

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Riso Ferrand, *ob. cit.* ps. 114 y 115).

En este sentido, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por estas consideraciones y como certeramente lo señala la Dra. Alicia Castro, "... al momento de dictarse la ley —y, más tarde, la sentencia— debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16/12/66 y ratificado por Uruguay por Ley n° 13751 del 11/7/69; la Convención Americana de Derechos Humanos aprobada en el ámbito americano el 22/11/69, ratificada por Ley n° 15737 de 8/3/85 y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10/12/84 y ratificada por Ley n° 15798 del 27/10/85. De ese modo, el ordenamiento jurídico-constitucional uruguayo ha incorporado derechos de las personas que constituyen límites infranqueables para el ejercicio de las competencias asignadas a los poderes instituidos, lo que necesariamente debe controlar el juez constitucional" (Castro, Alicia, *ob. cit.* ps. 139 y 140).

Asimismo, agrega que no se puede dejar de tener en cuenta que el problema trasciende el ámbito interno, puesto que la ley impugnada ha sido observada reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes anuales sobre Uruguay, además de que ha sido cuestionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva solicitada por Uruguay en 1993 (*ob. cit.* p. 126).⁵⁷

En la materia, la Suprema Corte uruguaya concluye:

Decláranse inconstitucionales e inaplicables en el caso concreto los arts. 1.º, 3.º y 4.º de la Ley n.º 15848, sin especial condenación procesal. Comuníquese a la Asamblea General. Y devuélvase.

Puede afirmarse así la existencia de una corriente, cada vez más fuerte y consolidada en el derecho constitucional latinoamericano y en sus respectivas jurisdicciones constitucionales, de la afirmación de un bloque constitucional de derechos fundamentales, integrado al

⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Uruguay n.º 365/09, de 19 de octubre de 2009, fundamento III.8.

menos por los derechos asegurados en el texto expreso de la Carta Fundamental, los derechos implícitos y los derechos asegurados en los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho humanitario internacional.

3.3. LOS DERECHOS CONTENIDOS EN PRINCIPIOS IMPERATIVOS DE DERECHO INTERNACIONAL COMO PARTE DEL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN CHILE

Forman parte de este bloque constitucional de derechos fundamentales aquellos derechos que están asegurados por principios imperativos de derecho internacional —ya que ellos se imponen a los Estados de manera directa y automática, debiendo ser aplicados por los órganos estatales, y la 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 los derechos humanos.

Los tribunales superiores de justicia chilenos han reconocido jurisprudencialmente la integración de los principios de *ius cogens* y de *derecho consuetudinario internacional*, los cuales se incorporan al derecho interno sin ningún acto de formalización, como lo ha señalado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en diversos fallos:

Así, la incorporación directa e inmediata de los principios de *ius cogens* se ha determinado en sentencia de julio de 2006:

Que, en efecto, tal razonamiento parte de la base que el Derecho nacional y el derecho Internacional de los Derechos Humanos es uno solo, por ser un fenómeno que abarca al Derecho en su totalidad, siendo recepcionado dicho derecho internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Interno Nacional, tanto como Principio Internacional de los Derechos Humanos, como por los tratados internacionales actualmente vigentes suscritos por Chile. Es así como nuestro ordenamiento jurídico no excluye el procedimiento de incorporación de los Principios Generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o *ius cogens*, que pasan a formar parte del derecho interno por su calidad de tales, en tanto los Principios del Derecho Internacional tienen prevalencia sobre éste como categoría de norma de Derecho Internacional General, conforme al acervo dogmático y convencional universal y a la aceptación en la práctica judicial de los tribunales nacionales partícipes de la Naciones Unidas, además de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a crímenes de lesa humanidad.

Que, además, los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuya consecuencias —conforme a una interpretación progresiva y finalista

de la Constitución— es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendiendo al compromiso moral y jurídico del estado ante la comunidad internacional, de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.⁵⁸

La Corte Suprema de Justicia chilena ha reiterado, en sentencia de marzo de 2007, la aplicación de los principios imperativos de derecho internacional (*ius cogens*):

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.

Trigésimo Segundo: Que esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y de las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas. Su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son reglas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o voluntad, sino por la formación de una posterior disposición consuetudinaria de efecto contrario. La contravención de estos preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia.

El referido carácter obligatorio de los cánones de *ius cogens* concluyó con su transformación en derecho convencional por obra de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de mil novecientos sesenta y nueve, ratificada por Chile el nueve de mayo de mil novecientos ochenta y uno, la que dispone en su artículo 53 que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de 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 solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Es así como la doctrina las ha conceptualizado como aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud

⁵⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.º 146-2006, de 31 de julio de 2006, considerandos 5.º y 6.º, en *Gaceta Jurídica* n.º 313, julio 2006, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2006, pp. 243-254. Cursivas añadidas.

de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad (Antonio Cassese: “Los derechos humanos en el mundo contemporáneo”, Ariel, Barcelona, primera reimpresión, año mil novecientos noventa y tres, página 241).

Las reglas *ius cogens* no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de la razón, son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen, o sea, las expresan en su fórmula, no quiere decir que se esté mudando su naturaleza verdaderamente jurídica, la cual, en definitiva, es independiente y autónoma de su consagración a nivel positivo.

Por lo tanto, las máximas de *ius cogens* son disposiciones a partir de las cuales surgen obligaciones *erga omnes*, las que no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperiosa.

Trigésimo Tercero: Que si bien es cierto que una de las más severas críticas que se plantean en contra de la noción de *ius cogens* es la vaguedad e indefinición de aquellas que la componen, no lo es menos que existen un conjunto de preceptos cuya determinación como tal no presenta discusión llamado “núcleo duro de normas de *ius cogens* de derechos humanos”, inderogables bajo cualquier circunstancia o excepción que generan obligaciones *erga omnes* (Carlos Villán Durán: “Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Trotta, Madrid, año dos mil dos, página 102), dentro del cual encontramos disposiciones tales como la prohibición de la agresión o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la prohibición del genocidio, la esclavitud, la discriminación racial y de las ejecuciones sumarias o extralegales; así como la prohibición de la tortura. No parece que nadie —incluso sin ser letrado— podrá dudar que los principios enunciados no derivan su carácter propiamente jurídico de la circunstancia meramente accidental de haber sido expresados en una determinada ley positiva.

Precisamente, ya en mil novecientos setenta y uno Roberto Ago consideraba que las reglas de *ius cogens* incluían “las normas fundamentales relativas a la salvaguardia de la paz, y particularmente las que prohíben el recurso a la fuerza o la amenaza de fuerza; las normas fundamentales de carácter humanitario: prohibición del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, protección de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de paz y de guerra” (citado por Vicente Chetail: “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario”, en Revista Internacional de la Cruz Roja, número 805, año dos mil tres, páginas 235 a 269).⁵⁹

La misma sentencia de la Corte Suprema se refiere a la incorporación automática del derecho consuetudinario internacional:

Trigésimo Sexto: 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

⁵⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rol n.º 3125-04, de 13 de marzo de 2007, considerandos 31-33.

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” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 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 Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, lo 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 (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 478; Revista Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, páginas 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, página 90 y Alfredo Etcheberry O.: “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, tomo I, Parte General, Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile, año dos mil dos, páginas 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, toda vez que no es de presumir que el legislador nacional haya querido infringir el derecho internacional. (Adolfo Veloso: “Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, n° 165, enero-diciembre de mil novecientos setenta y siete, página 272 y Santiago Benadava: “Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos ochenta y dos, página 13). También la primacía de los Principios Generales del Derecho Internacional ha sido reconocida desde los albores de nuestra República, así la Ley de Garantías Individuales, de veinticinco de septiembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, Título Primero, que trata De las Restricciones a la Libertad Individual en Jeneral refiere en su artículo 5°: las disposiciones contenidas en los tres artículos precedentes no se aplican: 2° A los que se dictaren en conformidad a tratados celebrados con naciones extranjeras o a los principios generales de derecho internacional, como, por ejemplo, en el caso de extradición de criminales i de aprehensión de marineros desertores (Pedro Javier Fernández: “Código Penal de la República de Chile, Explicado y Concordado”, Imprenta Barcelona, segunda edición, Santiago, Chile, año mil ochocientos noventa y nueve, página 426). En el mismo sentido Manuel Egidio Ballesteros sostiene “y con ser solo un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él” (Manuel Egidio Ballesteros: “La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales en Chile”, tomo I, Santiago, Chile, año mil ochocientos noventa, página 571).

El gobierno chileno ha tomado la misma posición tanto en lo atinente al derecho internacional convencional como del consuetudinario. Así, la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, por ejemplo, en el caso en que un Tribunal de Menores había decretado orden de arraigo por dos muchachos que se encontraban, junto a su madre, asilados en una embajada con posterioridad al pronunciamiento militar de septiembre de mil novecientos setenta y

tres, al considerar que “por sobre la resolución judicial emanada del referido tribunal de menores corresponde aplicar las normas de Derecho Internacional que gobiernan la institución del asilo”. (Informe n.º 96 de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, de catorce de noviembre de mil novecientos setenta y tres, citado en Hugo Llanos Mansilla: “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, mil novecientos ochenta y tres, páginas 408 a 410).⁶⁰

Otro fallo de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de diciembre de 2006, sostiene la misma tesis:

23°. 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. Valga, en apoyo de este aserto, la referencia a las sentencias “Lauritzen con Fisco” o de los barcos daneses (R.D.J., T. 52, II, 1ª, p. 485 y ss.); el fallo recaído en un caso sobre extradición activa, en que se explicitó que los principios de Derecho Internacional “priman siempre sobre los preceptos del derecho interno del Estado” (en: R.D.J., T. 56, II, 4ª, pág. 66); los casos Embajada de la República de China, de 1.969 (F.M. septiembre de 1.969, págs. 223 y 224) y Embajada de Cuba, de 1.975 (F.M. junio de 1.975, pág. 90) y, en jurisprudencia posterior a los hechos de autos —pero demostrativa de la continuidad del principio que interesa— las sentencias de 26.10.95 (Rol n.º 5.566), consid. 14.º y 9.09.98 (Rol n.º 469/98), consid. 10.º, todas de esta Corte Suprema.

Y para demostrar la amplia recepción de esta misma tesis, en la doctrina nacional clásica, recordemos que ya don Manuel E. Ballesteros, a fines del siglo XIX, sostenía que “con solo ser un cuerpo de doctrinas, el Derecho Internacional es, sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquéllas cuestiones regidas por él” (La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, T.I, Stgo, 1.890, pág. 571).

Por cierto, los internacionalistas chilenos contemporáneos “Llanos, Benadava, Bustos Valderrama, Nogueira, C. Medina, entre muchos otros- participan plenamente de esta posición.

24°. Que ya desde los 60 “una década antes del crimen materia de autos - autores como Verdross, Seerle, Séferiades y, en especial, Charles Rousseau, observaban que, en general, la doctrina hace prevalecer el criterio que otorga al tratado y a la costumbre, la misma fuerza legal” (Rousseau, en “Droit International Publique”, París, 1.970, pág. 342, quien cita, en esa línea, a los anteriores).⁶¹

En fallo de la Sala Penal de la Corte Suprema de 2007, rol n.º 6188-06, se reitera una jurisprudencia que se mantiene hasta el presente

⁶⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rol n.º 3125-04, de 13 de marzo de 2007, considerando 36.º. Cursivas añadidas.

⁶¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, rol n.º 559-04, caso *Molco*, de 13 de diciembre de 2006, considerandos 23 y 24.

Vigésimo octavo: [...] cabe concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que trae aparejada la imposibilidad de amnistiar el referido ilícito, así como declarar su prescripción, conforme a las reglas imperativas del derecho internacional o ius cogens, que —tal como ha sido declarado en anteriores fallos— tiene prevalencia sobre la legislación nacional. Las reglas del ius cogens son verdaderas normas jurídicas en sentido sustancial, suministrando pautas o modelos de conducta, a partir de las cuales surgen obligaciones erga omnes, que existen con independencia de su formulación, en términos que cuando son expresadas en una fórmula legal no cambian su naturaleza jurídica.

Esta Corte reitera una vez más que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario, forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas, aún cuando no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile.

Vigésimo noveno: Que, a mayor abundamiento, cabe considerar —en relación a la prescripción alegada— que el 26 de noviembre de 1968 la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución n.º 2391 adoptó la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad”, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, que si bien no se encuentra incorporada a nuestro ordenamiento jurídico como tal, confirma la existencia de un principio de ius cogens ya instalado en la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de la realización de los hechos investigados en autos. Las normas de derecho internacional humanitario como parte integrante del ius cogens son obligatorias para los Estados, incluso cuando no se encuentran aprobados los respectivos tratados, desde que su fuerza emana de su carácter consuetudinario.⁶²

La Sala Constitucional de la Corte Suprema, en sentencia de noviembre de 2007, caso *Chibuio*, reiteró:

11°. Que atendidas las circunstancias o condiciones exteriores en que se materializaron estos delitos o elementos contextuales de los mismos, entendido lo anterior como el marco de hecho subjetivo en que se desarrollaron las conductas criminales, lo que las diferencian de los delitos comunes, determinan que se está en este caso en presencia de lo que la conciencia jurídica internacional ha dado en llamar crímenes de naturaleza de lesa humanidad.

12°. Que, en efecto, tal razonamiento parte de la base que el Derecho Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es uno solo, por ser un fenómeno que abarca al Derecho en su totalidad, siendo recepcionado dicho Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Interno Nacional, tanto como Principio Internacional de los Derechos Humanos, como por los Tratados Internacionales actualmente vigentes, suscritos por Chile.

En verdad nuestro ordenamiento jurídico no excluye el procedimiento de incorporación de los Principios Generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o “ius cogens”,

⁶² Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, rol n.º 6188-06, caso *Contreras Maluje*, de 13 de noviembre de 2007, considerandos 28 y 29.

que pasan a formar parte del Derecho Interno por su calidad de tales, en tanto los Principios del Derecho Internacional tienen prevalencia sobre éste como categoría de norma de Derecho Internacional General, conforme al acervo dogmático y convencional universal y a la aceptación en la práctica judicial de los tribunales nacionales partícipes de la Organización de las Naciones Unidas, además de la de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a crímenes de lesa humanidad.

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

13°. Que, en efecto, el artículo 5.º de la Constitución Política de la República de Chile, establece la limitación de la soberanía, en tanto señala en esta materia que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Al mismo tiempo, la reforma constitucional de 1989, agregó a este inciso segundo del artículo 5.º, una oración final que introduce en el derecho interno de manera expresa el mandato que señala: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

14°. Que, como consecuencia, la existencia de los hechos establecidos en este proceso es excepcional, en cuanto, las conductas delictivas identificadas en ellos, son infracciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Humanitario.

[...]

36°. Que, de esta forma, los elementos de prueba que determinan la existencia de los delitos de homicidio calificado, establecen además que ellos se han dado en un contexto que permite denominarlos crímenes de lesa humanidad, reconocido por el Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos, tal como se ha analizado en los motivos anteriores con ocasión de los delitos.

37°. Que, en consecuencia, debe ser rechazado el impedimento alegado de perseguibilidad del delito por la prescripción de la acción penal, por cuanto, es obligatorio para el Derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos, dentro de la cual se encuentran los crímenes de lesa humanidad —ello con todas las consecuencias jurídicas que implica, en cuanto éstas en la sentencia se transforman en una ejecución efectiva de las normas atinentes—, respecto de los cuales es inadmisibles la prescripción que pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los Derechos Humanos.

Que está dada o recepcionada tal normativa a la luz del artículo 5.º de la Constitución Política de la República; ella, al establecer las Bases de la Institucionalidad, incorporó expresamente como principio o valor fundamental que: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el

respeto de los derechos esenciales de la persona humana” (artículo 5.º, inciso segundo); y tal inspiración, propia del constitucionalismo actual, la garantiza ese mismo inciso segundo de tal disposición al preceptuar que: “Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

De ello se colige en forma inequívoca que los tribunales nacionales pueden perseguir la responsabilidad individual derivada de:

a) Los crímenes contra la paz, que consisten en desatar conflictos armados en violación a los Tratados Internacionales —Carta de las Naciones—;

b) Los crímenes de guerra, violando las normas de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, o sus Protocolos Adicionales —I y II, respectivamente— sobre conflictos internacionales y no internacional; y;

c) Los crímenes de lesa humanidad, tales como el genocidio, la desaparición forzada de personas, terrorismo, ejecuciones sumarias, asesinatos, la tortura y violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos.

[...]

40°. Que, de esta forma lo anterior permite concluir, además en cuanto a la amnistía alegada, que hay entonces una prevalencia de la Norma Internacional de Derecho Internacional General, que determina que son incompatibles con ésta, la ley de amnistía y de prescripción invocadas respecto de los hechos delictivos establecidos en autos.

Que, además, en relación con la amnistía, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por sentencia de fecha 14 de marzo de 2001, en la forma siguiente:

“41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

”[...]

”43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2.º de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8.º y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de auto amnistía, incurren en una violación de los artículos 8.º y 25 en concordancia con los artículos I. I y 2.º de la Convención. Las leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obsta-

culiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

”44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden 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 pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.⁶³

En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia sobre el derecho interno. Primacía de las normas internacionales de derecho internacional general que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas disposiciones actualmente recepcionadas constitucionalmente vía tratado internacional, y vinculantes desde antes como principio general del derecho internacional de los derechos humanos, son obligatorias en la forma precedente, posición que es asumida y exigida a las jurisdicciones nacionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Almonacid Arellano y otros contra Chile*.

4.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO QUE DEBEN EFECTUAR LOS JUECES NACIONALES DETERMINADO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por otra parte, es necesario tener presente la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales, la cual refuerza la tesis del bloque constitucional de derechos.

⁶³ Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, rol n.º 2.182-98, caso *Chibuio*, de 30 de noviembre de 2007, considerandos 11-14, 36-37, 40-41, 43-44, 48.

En tal sentido, la Corte Interamericana, en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, precisó:

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

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.

En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.⁶⁴

La Corte Interamericana establece así que constituye una obligación de las jurisdicciones nacionales, a la luz del artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aplicar las normas convencionales por sobre el derecho interno cuando este último no alcanza los estándares mínimos exigidos por el derecho internacional vinculante en materia de derechos humanos, estando dicha obligación fundada en el cumplimiento de

⁶⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 123-125.

buena fe de las obligaciones internacionales, principio imperativo de derecho internacional que genera las consiguientes responsabilidades internacionales.

Esta perspectiva obliga a los tribunales nacionales a aplicar preferentemente el derecho convencional sobre el derecho interno, como asimismo la interpretación que del derecho convencional hace la Corte Interamericana como intérprete última de dicha Convención, la que debe ser asumida de buena fe por los tribunales nacionales.

Los tribunales constitucionales y cortes supremas nacionales han asumido dicha perspectiva.

La *Corte Suprema de Justicia argentina*, en el caso *Giroldi*, se refirió al alcance del artículo 75, inciso 22, párrafo 2.º de la Constitución argentina, y determinó que el rango constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos significa acatarla del modo como ella rige en el derecho internacional y “considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, de ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer de todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.⁶⁵

En el caso *Mazzeo* la Corte Suprema argentina, en el considerando 26, determinó:

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 último de la Convención Americana. Así la Corte suprema de Argentina aplica la pauta de interpretación conforme a la Convención Americana como estándar mínimo de respeto de derechos humanos, como asimismo el respeto y resguardo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶⁶

⁶⁵ “Giroldi, Horacio y otro s/recurso de casación”, de 7 de abril de 1995, en *Fallos* 318:514, considerandos 5.º y 11.

⁶⁶ M.2333.XLII, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, de 13 de julio de 2007.

El *Tribunal Constitucional de Bolivia* sigue la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A manera de ejemplo puede señalarse la sentencia 0664/2004-R, de 6 de mayo de 2004:

El cumplimiento de estos requisitos que hacen al Juez natural permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que ‘toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial.

El *Tribunal Constitucional del Ecuador*, en el fallo n.º 002-2002-CC, de 12 de febrero de 2003, aplicó la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana para determinar el correcto sentido y alcance del artículo 187 de la Carta Fundamental que establece la justicia militar para el juzgamiento de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de sus labores profesionales. Al respecto el Tribunal Constitucional sostuvo:

Que, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de las garantías judiciales, establece que el juez o tribunal encargado de la sustanciación de cualquier acusación penal debe ser competente, independiente e imparcial, como elementos esenciales del debido proceso legal;

Que, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias”, agregando el Alto tribunal que, “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”, por lo que el Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N°52);

Que, por lo expuesto, en virtud de los principios de imparcialidad e independencia que informan la administración de justicia, los delitos comunes, incluso los cometidos por miembros de la Fuerza Pública, deben ser juzgados por la justicia ordinaria.⁶⁷

⁶⁷ Citada por Marcos MORALES TÓBAR, “Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia en el Ecuador”, en *Ius et Praxis*, año 9 n.º 1, Talca: Universidad de Talca, pp. 104-105.

El *Tribunal Constitucional peruano* ha precisado:

[...] de conformidad con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55 Const.).⁶⁸

En tal perspectiva, el Tribunal Constitucional del Perú ha establecido:

La Sentencia de la Corte interamericana sobre el Caso de los cinco pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, aseverando que, respecto al derecho de propiedad “[...] la Corte Interamericana de derechos Humanos señaló que el derecho a recibir una pensión de jubilación, constituye un derecho adquirido, por cuanto la Constitución peruana lo reconoce expresamente y, en la medida en que este fue incorporado al patrimonio de los pensionistas, se encuentra amparado por el artículo 21° de la Convención que reconoce el derecho de propiedad... El criterio de la Corte interamericana es compartido, y asumido expresamente, por el tribunal constitucional peruano, que en varias ocasiones ha identificado el derecho a percibir pensión con el derecho de propiedad”. En efecto, La Corte Interamericana estableció en tal sentencia, como parte del párrafo 103, que “[...] a la luz de lo señalado en la Constitución política del Perú, de lo dispuesto por el tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención —la cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que [los cinco pensionistas] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana”. Al retomar la doctrina del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas, la Corte Interamericana también reconoce las posibilidades de la Caja fiscal para dar cumplimiento a la progresividad de los derechos fundamentales, tema que, a juicio de este Colegiado, es de importancia capital. Asimismo, se ha señalado en el fundamento 147, que “[...] los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano n.º 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 9.º; en el mismo sentido STC n.º 0217-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2.º.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social ya la pensión, en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.⁶⁹

En Chile, la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en especial la sustentada en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, ha sido asimilada por la Sala Penal de la Corte Suprema desde 2006, en el caso *Molco*, como también en su jurisprudencia posterior:

19°. Que, además de los informes de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, relacionados en la reflexión 15ª precedente, la Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, en numerosas sentencias, como verbigracia en los casos Velásquez Rodríguez (sent. de 29.07.88, Serie C N° 4); Godínez Cruz (sent. de 20.01.89, Serie C. N° 5) y Blake (sent. de 24.01.88, Serie C N° 36), y muy especialmente, en la reciente “Almonacid Arellano y otros versus Chile”, de 26.09.2.006, donde explícitamente se califica el homicidio perpetrado por agentes del Estado en la persona de don Luis Alfredo Almonacid Arellano, como un crimen de lesa humanidad, agregando que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos “es una norma de ius cogens y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general” (Consid. 99°).

20°. Que similar punto de vista había sido sustentado con anterioridad por la propia Corte Interamericana en el “Caso Barrios Altos”, al puntualizar que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos” (sentencia de 14.03.2.001, Serie C, n.º 75, pág. 41).

21°. Que la Corte Permanente de Justicia Internacional ha dictaminado que es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado, y que un Estado no puede invocar su propia Constitución, para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes.

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.º 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., 30.01.1.996).

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, expediente n.º 0050-2004-AI/TC —acumulados—, fundamento jurídico 98.

[...]

25°. Que la calificación del delito de homicidio cometido en la persona de las dos víctimas asesinadas a fines de 1.973 por funcionarios del Estado de Chile, materia de autos, como un “crimen contra la humanidad”, no se opone al principio de legalidad penal, porque las conductas imputadas ya eran delitos en el derecho nacional “homicidio- y en el derecho internacional, como crimen contra la humanidad, acorde al contexto precedentemente desarrollado.

26°. Que, como lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, bastando “un solo acto cometido por un perpetrador” en tal contexto, sin que sea necesario que éste cometa “numerosas ofensas para ser considerado responsable”.

La prohibición de cometer estos crímenes “es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria, conforme al derecho internacional general” (considerandos 96 y 99 de “*Almonacid Arellano y otros versus Chile*”, cit.).⁷⁰

⁷⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, rol n.º 559-04, caso *Molco*, de 13 de diciembre de 2006, considerandos 19-22 y 25-26.

5.

CONSIDERACIONES FINALES

Los derechos esenciales, fundamentales o humanos, según el *nomen iuris* que quiera utilizarse, y sus diversos atributos reconocidos por fuente nacional o internacional constituyen límites a la potestad constituyente derivada, como asimismo a las potestades legislativa, administrativa y jurisdiccional, las cuales deben aplicarlos conforme al principio de progresividad y de irreversibilidad, además del principio favor persona. Ello implica, en definitiva, que tales derechos y sus atributos asegurados y garantizados por fuente interna o internacional forman parte necesariamente del parámetro de control de constitucionalidad, en cuanto contenidos que constituyen principios jurídicos supremos del ordenamiento jurídico, que debe asumir la jurisdicción constitucional respectiva al controlar los actos y normas emanados de los poderes constituidos.

La labor interpretativa constitucional requiere de una reconstrucción de todo el contenido que establece el complejo normativo de la Constitución; la lectura e interpretación de todo precepto de la Carta Fundamental debe ser hecha en su contexto, teniendo en consideración los principios, valores, fines y razón histórica del ordenamiento constitucional, lo que le da al juez constitucional un espacio de movilidad interpretativa e integradora que lo convierte en un protagonista que realiza una adecuada y necesaria mediación entre la Constitución y la situación específica.

Las cartas fundamentales y el derecho convencional internacional en materia de derechos humanos exigen a los agentes y órganos del Estado no solo una función de respeto de los derechos, sino también una *función promocional* que requiere de todos los operadores jurídicos, y en especial de los órganos de jurisdicción constitucional dentro sus competencias, remover los obstáculos que impidan el libre y pleno ejercicio de los derechos, como asimismo maximizar el plexo de derechos y garantías de la persona humana.

El deber de promover los derechos también se concreta a través de una adecuada interpretación de ellos, ya que los derechos no son las normas; por tanto, cuando faltan normas debe producirse la integración para suplir la falta de reconocimiento normonológico y no afirmar que porque no hay norma no hay derecho. El operador jurídico debe tener la flexibilidad de buscar una solución acorde con el espíritu del sistema de derechos, con su objeto y su finalidad, teniendo en consideración el contexto y la razón histórica, como asimismo los

valores que explicita el sistema jurídico. Ello implica negar la posición reduccionista para la protección de la persona y de sus derechos esenciales.

Nada impide, en una perspectiva técnico-jurídica, introducir garantías de los derechos esenciales o humanos por vía de normas de derecho interno o provenientes del derecho internacional que constituyan un plus respecto de las normas vigentes, ya que ello cumple la finalidad de asegurar y de promover tales derechos, que es un deber constitucional de todos los órganos y agentes estatales. La introducción de normas que mejoren el contenido de los derechos y sus garantías no puede ser considerada inconstitucional si se aplican las reglas interpretativas *favor hómine* o *favor persona* y se tiene presente el desarrollo progresivo de los derechos.

Asimismo, el deber de los órganos estatales de cumplir de buena fe y sin oponer obstáculos de derecho interno —como lo exigen los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los tratados de derechos humanos, en especial las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que determina el artículo 1.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el deber de adecuar el ordenamiento jurídico a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que establece el artículo 2.º de dicha Convención— se concreta no solo a través del ejercicio del poder constituyente o legislativo, sino también mediante la potestad jurisdiccional que ejercen los tribunales de justicia dentro de sus respectivas competencias establecidas por las Constituciones y las leyes respectivas de los correspondientes Estados.

En este contexto, debe tenerse presente el deber de concretar el control de convencionalidad por los jueces y tribunales nacionales, para impedir que se vulneren los derechos asegurados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás convenciones complementarias, las cuales constituyen un nivel mínimo de respeto de los derechos fundamentales que debe entenderse que integra y complementa el contenido de los derechos explícitos e implícitos asegurados constitucionalmente.

Finalmente, cabe señalar que el control de convencionalidad que pueden ejercer todos los jueces, aplicando preferentemente la Convención Americana sobre las normas de derecho interno infraconstitucional, complementa el control de constitucionalidad, sea concentrado o difuso, abstracto o concreto, según el modelo implementado en cada Estado, que deben realizar los tribunales que ejercen jurisdicción constitucional, ya que dicho control de constitucionalidad se realiza teniendo como parámetro el bloque constitucional de derechos, como asimismo debe tenerse presente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, León: Universidad de León, 1996.
- ARMIJO, Gilbert, “La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, Talca: Universidad de Talca, 2003.
- BIDART CAMPOS, Germán, *La interpretación de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, 1994.
- “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: UNAM, 1998.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio, “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y Derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: UNAM, 1998.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, tomo I, Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2002.
- DELPERÉE, Francis, “O direito a dignidade humana”, en S. R. BARROS y F. A. ZILVETI (coords), *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Manuel Gonçalves Ferreira Filho*, San Pablo: Dialética, 1999.
- DULITZKY, Ariel. “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en Thomas BUERGENTHAL y Antônio CANÇADO TRINDADE, *Estudios especializados de derechos humanos*, tomo I, San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- FAVOREU, Louis, “L’élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires”, en *RFDC* n.º 4, 1990.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, en *Jus. Revista di Scienze Giuridiche*, año L, mayo-agosto 2003, Milán, Università Católica del Sacro Cuore, 2003.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Madrid: Civitas, 1986.
- HÄBERLE, Peter, “El concepto de los derechos fundamentales”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.

- “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, en Ingo Wolfgang SARLET (org.): *Dimensões da dignidade*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- HARO, Ricardo, “Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, Talca: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.
- “Relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales”, en *Corpus Iuris Regionales. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, n.º 6, Iquique: Universidad Arturo Prat, Escuela de Derecho, 2006.
- MANILI, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires: La Ley, 2003.
- “La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano”, en Ricardo MÉNDEZ SILVA (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- MARITAIN, Jacques, *Acerca de la filosofía de los derechos del hombre*, Madrid: Debate, 1991.
- MEDINA, Cecilia, *Constitución, tratados y derechos esenciales*, Santiago de Chile: Corporación de Reparación y Reconciliación, 1994.
- (coord.), *El sistema interamericano de derechos humanos*, Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 1992.
- *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica: IIDH, 1985.
- MODUGNO, F., *I ‘nuovi diritti’ nella giurisprudenza Della Corte Costituzionale*, Turín, 1995.
- MONTANARI, L., *I Diritti dell’uomo nell’area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Turín, 2002.
- MORALES TOBAR, Marcos, “Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia en el Ecuador”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, Talca: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, Talca: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.
- *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I, Santiago de Chile: Librotecnia, 2008.

- *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago de Chile: Librotecnia, 2006.
- *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México: UNAM, 2003.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal, y María Cristina CHIABRA VALERA, *El derecho procesal constitucional y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima: APECC, 2009.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español”, en *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1985.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias recientes”, en *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1, Talca: Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 7.ª ed. rev. y act., 2009.
- “Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em matéria de direitos humanos na Constituição federal brasileira de 1988”, en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 10 A, Curitiba: Jurua, 2006.
- VÍTOLO, Alfredo, “El derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos nacionales”, en *Corpus Iuris Regiones. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, n.º 6, Iquique: Universidad Arturo Prat, Escuela de Derecho, 2006.