

RECEPCIÓN FORMAL Y SUSTANTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: EXPERIENCIAS COMPARADAS Y EL CASO CHILENO*

FORMAL AND SUBSTANTIVE RECEPTION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: COMPARATIVE EXPERIENCES AND CHILEAN CASE

Claudio NASH ROJAS**

Constanza NÚÑEZ DONALD***

RESUMEN: El presente artículo analiza la recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito latinoamericano (Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, México y Perú), con el objetivo de demostrar que pese a que las opciones constitucionales de recepción formal del derecho internacional de los derechos humanos han sido disímiles, la jurisprudencia constitucional ha seguido caminos que convergen hacia una recepción sustantiva de éste. Esta recepción jurisprudencial tiende hacia una mayor efectividad

ABSTRACT: *This article analyzes the substantive and formal reception of international law of human rights in Latin America (Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, México y Perú), in order to demonstrate that although constitutional formal reception options have been different, the constitutional jurisprudence has followed paths that converge towards a substantive reception of this. This jurisprudential reception tends towards greater effectiveness in protecting human rights, in order to comply with international obligations assumed by States, through the use of common tools: constitutionality block and pro homine principle.*

* Artículo recibido el 19 de abril de 2016 y aceptado para su publicación el 23 de septiembre de 2016. Artículo desarrollado en el marco del proyecto de investigación Fondecyt núm. 1150571, titulado “Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia internacional en Chile. El proceso de reconfiguración de los derechos fundamentales y su impacto en la protección de grupos discriminados”. Agradecemos la ayuda en esta investigación de Camila Troncoso, Natalia Arévalo, Alexandra Maldonado, Claudio Navarrete y Camilo Cornejo

** Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Coordinador de la Cátedra de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Doctor en derecho por la Universidad de Chile. Contacto: cnash@derecho.uchile.cl.

*** Asistente de investigación del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Instructora, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Licenciada en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile. Contacto: cnunez@derecho.uchile.cl.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
nueva serie, año XLX, núm. 148,
enero-abril de 2017, pp. 185-231.

en la protección de los derechos humanos con el objetivo de cumplir las obligaciones internacionales que asumen los Estados, mediante la utilización de herramientas comunes: bloque de constitucionalidad y principio pro persona.

Palabras clave: Derechos humanos, justicia constitucional, derecho internacional, bloque de constitucionalidad, pro persona.

Keywords: *Human rights, constitutional justice, international law, constitutionality block, pro homine.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La recepción formal.* III. *La recepción sustantiva.* IV. *Experiencias comparadas de recepción formal del DIDH e hitos sustantivos.* V. *Aspectos comunes de la recepción formal y su paso a una recepción sustantiva.* VI. *Chile, la recepción formal y su experiencia de recepción sustantiva.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo busca analizar la forma en que el diseño institucional impacta en la recepción jurisprudencial del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) a partir de la experiencia de justicia constitucional latinoamericana. Lo que nos preocupa en este estudio es cómo, sobre la base de distintos modelos de recepción formal del DIDH en el ámbito constitucional, las prácticas de los órganos superiores con competencia constitucional han tenido una cierta convergencia en la forma en que han aplicado el DIDH en la solución de casos a nivel nacional.

Las hipótesis que guiarán nuestro análisis son las siguientes: a) la centralidad de la temática de los derechos humanos en la región en las últimas tres décadas se ha traducido en una recepción formal y una sustantiva de los derechos humanos; b) la recepción formal ha estado marcada por acuerdos constitucionales diferenciados en materia de recepción del DIDH en las principales experiencias constitucionales de la región; c) por su parte, la experiencia jurisprudencial sustantiva sí ha tenido ciertos elementos comunes, lo que se ha logrado a través de instrumentos hermenéuticos; d) en el caso de Chile hay elementos convergentes y otros diferenciadores con la experiencia comparada, tanto formal como sustantiva,

y que han determinado la forma en que se ha recepcionado el DIDH en el sistema jurídico chileno.

A fin de poder sustentar nuestras hipótesis, el plan de trabajo que guía este artículo será el siguiente: en primer lugar, se realizará un ejercicio de análisis teórico para determinar las formas de recepción formal del DIDH en la experiencia comparada; en segundo lugar, daremos paso a un ejercicio de análisis jurisprudencial para poder determinar la forma en que a nivel de la justicia constitucional se ha producido esta recepción en la resolución de casos a nivel interno; luego, se utilizará un método analítico basado en la jurisprudencia para poder determinar ciertos criterios normativos que surgen de la experiencia comparada, para finalmente poder contrastar y evaluar la experiencia chilena en materia de recepción del DIDH. El análisis jurisprudencial se centra en la experiencia chilena, utilizando la jurisprudencia de otros países a título comparativo de los procesos a que se hacen referencia en el artículo.

Nos ha parecido relevante centrar el punto de comparación con Argentina, Colombia, Costa Rica, Perú y México, toda vez que en estos países se han dado procesos de convergencia jurisprudencial, poseen sistemas jurídicos que comparten una misma raíz con el chileno, han tenido cambios constitucionales en periodos similares al nacional y todos están sujetos al mismo sistema de protección internacional de derechos humanos.

II. LA RECEPCIÓN FORMAL

En los modelos que establecen derechos constitucionalmente, surge la necesidad de resolver qué rol cumplirán los derechos que se encuentran consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y por consiguiente, la jurisprudencia que emana de los órganos de control.¹ Será este el aspecto en el que nos concentraremos en este estudio, ya que es aquí donde se produce el encuentro normativo entre el DIDH con la normativa constitucional.²

¹ Risso, Martín. “Interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 16, 2012, pp. 305-328.

² Armijo, Gilbert, “La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional. ¿Mito o realidad?”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad*

Si bien el derecho internacional no dispone la forma en que debe ser incorporado ni de la jerarquía con la que debe hacerlo, los Estados deben tomar decisiones institucionales coherentes con el cumplimiento de buena fe de esta normativa y así lograr un efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales.³

Cuando se hace referencia a la recepción formal, se está examinando de qué modo las normas internacionales adquieren validez dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado, es decir, qué requisitos son necesarios para que estas normas puedan ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales y qué lugar ocupan en la estructura jerárquica de las normas.⁴

III. LA RECEPCIÓN SUSTANTIVA

La etapa de incorporación formal ha ido dando paso a una segunda etapa, caracterizada por la incorporación sustantiva de los estándares desarrollados en el ámbito internacional, para resolver cuestiones internas de los Estados.⁵ Esta etapa está marcada por dos procesos: el impacto normativo institucional y el impacto a nivel jurisprudencial. En lo normativo, se ha desarrollado, desde fines de la década de los ochenta, un proceso de transformación constitucional, ya sea con el surgimiento de nuevos textos (Brasil 1988, Colombia 1991, Perú 1993, Venezuela 1998, Ecuador 2008 y Bolivia 2009) o de reforma de los mismos (Argentina 1994, Chile 1989 y 2005, México 2011) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica 1989, Colombia 1991).

En materia jurisprudencial, el proceso más interesante ha estado dado en el ámbito de la jurisprudencia latinoamericana, que ha incorporado

de Costa Rica, núm. 3, 2011, en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr17.pdf>, visitada en marzo de 2016.

³ Para así dar cumplimiento a los mandatos de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁴ Nash, Claudio. “La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: La experiencia chilena”, en Gómez Zuluaga, Alberto León *et al.*, *La aplicación judicial de los tratados internacionales*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2006, p. 149.

⁵ Nash, Claudio, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*, México, Fontamara, 2010.

el DIDH, en especial los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver casos a nivel nacional.⁶ Claros ejemplos de esto encontramos en los razonamientos de los tribunales nacionales, que incorporan estándares internacionales para resolver cuestiones en materia de procesos penales o nuevas interpretaciones en materia de derechos de las víctimas, obligación de juzgar los crímenes graves, el derecho a la verdad, presunción de inocencia; no serían explicables sin un desarrollo de estas temáticas desde el ámbito internacional.⁷

IV. EXPERIENCIAS COMPARADAS DE RECEPCIÓN FORMAL DEL DIDH E HITOS SUSTANTIVOS

A continuación analizaremos las experiencias comparadas de recepción formal del DIDH y sus hitos sustantivos en la jurisprudencia de Costa Rica, Colombia, Perú, Argentina y México.

1. *Costa Rica*

En 1989, mediante la ley 7.128, se reformó la Constitución política costarricense. Esta reforma creó un sistema de garantías y control constitucional a través de la Corte Suprema, concretamente mediante una Sala Constitucional.⁸ Esta Sala tiene por mandato constitucional principal la declaración de “inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público” (artículo 10). Además, me-

⁶ Sobre este proceso véase García Ramírez, Sergio, “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, *El futuro del sistema interamericano de los derechos humanos*, documento de trabajo núm. 3, The Center for Civil & Human Rights, University of Notre Dame, mayo de 2014.

⁷ Sobre este proceso, véase *Diálogo Jurisprudencial*, editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) desde 2006 y con seis números a la fecha; García-Sayán, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte IDH, 2005; Corte IDH y Ministerio Fiscal, *Diálogos: el impacto del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento interno de los Estados*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.

⁸ Piza, R., *La justicia constitucional en Costa Rica*, edición actualizada y preparada por Piza Rocafort, R. y Córdoba, J., San José, Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 82.

diante el artículo 48 se radicó en la Sala Constitucional el conocimiento del recurso de *habeas corpus* y del recurso de amparo para “mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos sobre derechos humanos aplicables en la República”. Asimismo, en esta reforma se estableció como un límite a la potestad de la Asamblea Legislativa, los tratados internacionales, en atención a los principios del derecho internacional (artículo 105).⁹

Sobre la recepción de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico, la Constitución de Costa Rica establece en su artículo 7o. que “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”. Asimismo, dentro de las facultades de la Sala Constitucional de la Corte Suprema se permite declarar la inconstitucionalidad de convenios internacionales cuando en su trámite o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o un principio constitucional. Si hay infracción, la sala establecerá que su contenido se interprete de acuerdo con la Constitución. Si la contradicción es insalvable, el artículo 73 de la Ley de Jurisdicción Constitucional indica que la Sala deberá indicar al Poder Ejecutivo que proceda a su denuncia.

Pese a que estas normas consagran la supremacía constitucional frente a los tratados, resulta relevante destacar que la acción de amparo procede frente a la violación de derechos humanos establecidos en la Constitución, “así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos sobre derechos humanos aplicables en la República”. En este sentido, se ha entendido que si bien no hace una mención expresa al valor de los derechos contenidos en tratados, mediante esta norma sí se ha permitido una incorporación amplia de los mismos en la justicia constitucional.¹⁰

Mediante esta noción —en un emblemático fallo— la Sala Constitucional ha incorporado incluso la jurisprudencia de la Corte IDH, con el mismo valor de la norma interpretada.¹¹

⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹⁰ Ordóñez, Aylín, *Régimen constitucional de los tratados internacionales en Centroamérica*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, pp. 456-490.

¹¹ Sala Constitucional de Costa Rica, Sentencia 2313-95, 9 de mayo de 1995. Sobre los alcances de la recepción jurisprudencial del DIDH, véase Orozco, Víctor, “El valor

2. Colombia¹²

En 1991 se dictó una nueva Constitución Política en Colombia, que reemplazó al texto constitucional de 1886.¹³ Uno de los aspectos fundamentales en este nuevo texto constitucional es la regulación en materia de derechos fundamentales, y principalmente la creación de una Corte Constitucional con competencia en materia de protección de derechos fundamentales (aunque la justicia constitucional no es asunto privativo de la Corte Constitucional).¹⁴

Otro aspecto digno de ser destacado es que la legislación ha dispuesto que en desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, lo que permite a esta Corte una interpretación integral de la Constitución al momento de resolver una cuestión sometida a su conocimiento.¹⁵

Sobre la jerarquía con que se incorporan los derechos humanos de fuente internacional, el artículo 93 dispone:

normativo de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en el sistema de justicia constitucional costarricense. El caso particular de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Judicial*, Costa Rica, núm. 113, septiembre de 2014, pp. 11-32.

¹² Agradecemos a Fernando Rey, profesor de la Universidad del Rosario, por sus aportes a esta investigación sobre el proceso de recepción del DIDH en Colombia.

¹³ Osuna, Néstor, “Los primeros diez años de la Corte Constitucional colombiana. Tribunales y justicia constitucional”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, en Vega, J. y Corzo, E. (eds.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 317. Un estudio de la evolución histórica de este proceso en Quinche, Manuel Fernando, “El control de convencionalidad. Como control normativo y no como control simplemente erudito o formal”, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Legis, 2014, pp. 652-673, y Prada, María Angélica, “La integración del derecho internacional en el sistema colombiano”, *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*, Madrid, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, pp. 365-391.

¹⁴ Artículo 43, inc. 2o. de la Ley 270/1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

¹⁵ Artículo 46. Un estudio interesante sobre los problemas que plantea la propia Constitución colombiana a este ejercicio en García, Angie y Ramírez, Laura, “La supremacía constitucional como disyuntiva para aplicación del control de convencionalidad en Colombia”, *Univ. Estud. Bogotá* (Colombia), núm. 11, enero-diciembre de 2014, pp. 87-102, <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/4+LA+SUPREMACIA+CONSTITUCIONAL.pdf/a1af0b90-148a-4fb5-ac18-4eb6888ecce7>, visitado en marzo de 2016.

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Por su parte, el artículo 94 establece una cláusula de apertura al señalar que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

La consagración de la supremacía constitucional en el artículo 4 de la Constitución ha generado tensiones entre el DIDH y el derecho interno¹⁶ (tensiones dentro del bloque constitucional de derechos), lo que ha llevado a la Corte Constitucional colombiana a sostener “que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental”, por lo que resulta necesario “adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen”,¹⁷ premisa que da apertura al debate sobre los principios de interpretación y el control de convencionalidad.¹⁸

3. Perú¹⁹

La Constitución de 1993 de Perú ha optado por el sistema monista de incorporación del DIDH.²⁰ El artículo 55 de la Constitución Política de

¹⁶ Artículo 4o. de la Constitución de Colombia: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-269 de 2014, C-750 de 2008, C-291 de 2007 y C-355 de 2006.

¹⁸ Rey, Fernando, “El derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico colombiano. Logros y dilemas en su aplicación”, ponencia presentada en la Universidad de Chile, en el marco del seminario *Recepción jurisprudencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: experiencias comparadas*, Santiago de Chile, 3 de diciembre de 2015.

¹⁹ Agradecemos a César Landa, por sus aportes a esta investigación sobre el proceso de recepción del DIDH en Perú.

²⁰ Bregaglio, Renata. “La protección multivel de derechos humanos en el Perú”, *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2013, p. 454.

la República establece: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Esto implica que la norma internacional se incorpora de manera automática al ordenamiento jurídico. La Constitución peruana no hace mención expresa a la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico,²¹ lo que generó sendos debates académicos y jurisprudenciales²² en torno al rango supraconstitucional, constitucional, supralegal o legal de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Sobre la base de otras disposiciones de la Constitución, tales como los artículos 3o.,²³ 57.2²⁴ y la disposición cuarta transitoria de la Constitución,²⁵ una parte de la doctrina ha sostenido que, por una parte, la mencionada disposición transitoria otorga un mandato vinculante para que todos los jueces y cortes interpreten la Constitución en concordancia con los tratados sobre derechos humanos, y por otra, que la mayoría especial requerida para aprobar tratados de derechos humanos les otorga el carácter de tratados constitucionales.²⁶

El Tribunal Constitucional, por su parte, en el fallo “*Ninaquispe*”,²⁷ determinó en 2006, que los tratados sobre derechos humanos poseían un

²¹ Eliminando las disposiciones de la Constitución de 1979 que establecían la prevalencia de los tratados sobre las leyes y el rango constitucional sobre los tratados de derechos humanos.

²² Sobre este debate, véase Landa, César, “La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Méndez, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.

²³ “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

²⁴ “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

²⁵ “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

²⁶ Landa, César, “Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución de Perú de 1993”, *Revista Jurídica del Perú*, año XLVIII, núm. 16, 1998, y Bazán, Iván, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización de violaciones de derechos humanos”, *Para hacer justicia. Reflexiones en torno a la judicialización de casos de violaciones de derechos humanos*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2004.

²⁷ Tribunal Constitucional de Perú, sentencia 0047-2004, párr. 61.

rango constitucional de tercer grado, es decir, “si bien cuentan con valor constitucional, se encuentran por debajo de la Constitución y las leyes de reforma constitucional”.²⁸

4. Argentina²⁹

En la reforma constitucional argentina de 1994 se asignó a ciertos instrumentos de derechos humanos, rango constitucional. En efecto, mediante el numeral 22 del artículo 75 de la Constitución, los tratados de derechos humanos allí enumerados adquirieron rango constitucional, por lo cual los derechos y libertades en ellos consagrados pasaron a constituir parte del catálogo de derechos fundamentales de nivel constitucional.³⁰ Por otra parte, se atribuye al Congreso de la Nación la facultad de que a través del voto de las dos terceras partes del total de sus miembros, ratificar luego un tratado de derechos humanos y además otorgarle jerarquía constitucional.

²⁸ Bregaglio, Renata, *op. cit.*, p. 455.

²⁹ Agradecemos a Roberto Saba, decano de la Universidad de Palermo, por sus aportes a esta investigación sobre el proceso de recepción del DIDH en Argentina.

³⁰ Esta norma complementó al artículo 118 de la Constitución argentina, que establece la aplicación directa del derecho de gentes como fundamento de las sentencias de la Corte Suprema y del artículo 31, que establece jerarquía superior a la legal de los tratados internacionales en Argentina. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina ha realizado un interesante seguimiento al impacto que ha tenido esta reforma en la Argentina. En 1997 se hizo una primera evaluación en diversos campos, y luego se retomó el tema en una investigación de 2007, que permitió evaluar los avances y retrocesos del proceso. Véase Abregu, M. y Courtis, C. (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 3-655, y Abramovich, V., Bovino, A. y Courtis, C., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, pp. 5-1005. Además, véase Manzi, Adrian, “La jurisprudencia de derechos humanos en la Argentina”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. especial: América Latina, 2012, http://dx.doi.org/10.5209/rev_NOMA.2012.41780, visita en marzo de 2016; Pagliari, Arturo, “Derecho internacional y derecho interno. El sistema constitucional argentino”, *Ars Boni et Aequi*, vol. 7, núm. 2, 2011, pp. 17-42; Bazán, Víctor, “El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina”, *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 2, 2010, pp. 359-388, y Franco, Leonardo, “Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino”, *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 157-179.

En 1994, la Corte Suprema —en el caso *Cafés la Virginia*³¹— dio un primer paso en su análisis. Determinó que los tratados internacionales deben ser interpretados de buena fe, y por tanto, sus normas deben primar por sobre las normas internas. Posteriormente, en 1995 se dicta sentencia en el caso *Giroldi*.³² Por su parte, en la sentencia del caso *Ekmekdjian / Sofovich*³³ la Corte había señalado “Que la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, artículo 1o.)”.

Consecuencialmente, la Corte Suprema fija el contenido y alcance de la obligación del Estado frente a violaciones de derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia internacional,³⁴ aplicándola directamente como un estándar hermenéutico.³⁵

³¹ CSJN, caso “*La Virginia S.A c/ Administración Nacional de Aduanas*”, 13 de octubre de 1994, fallos: 317:1282, considerandos 6 y 8.

³² “De ahí que la aludida jurisprudencia [se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos] 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 en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”, CSJN. Caso “*Giroldi, Horacio y otros*”, 7 de abril de 1995, causa núm. 32/93. En este fallo la Corte Suprema está operando sobre la base de una opinión consultiva de la Corte Interamericana.

³³ CSJN, caso “*Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros*”, 7 de julio de 1992, Fallos 308:647, considerando 21.

³⁴ CSJN, caso “*Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*”, 24 de agosto de 2004, causa 1516/93.

³⁵ “Al respecto cabe destacar que si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repute, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales-equiparable al recurso de revisión, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional” (CSJN, caso “*Acosta*”, 22 de diciembre de 1998, considerando 13). Otro caso donde la normativa y jurisprudencia internacional ha sido relevante en el resultado del fallo es el caso *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etcétera*”, sentencia del 14 de junio de 2005, causa 17.768, que analizaremos más adelante.

La Corte Suprema argentina ha planteado que aún en el evento del que el razonamiento del tribunal internacional no sea compartido por ella, los fallos de la Corte IDH son obligatorios, y su razonamiento debe ser acatado por la Corte Suprema.³⁶ Esto reafirma la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en el sistema normativo argentino.

5. México³⁷

Hasta 2011 existía consenso en cuanto a que la jerarquía formal de los tratados internacionales era infraconstitucional, pero supralegal, en virtud del artículo 133 de la Constitución Política de la República.³⁸ Pese a ello, los precedentes jurisprudenciales contemplaban la posibilidad de una excepción respecto de los tratados de derechos humanos y una posición jerárquica distinta de los mismos,³⁹ en el sentido de mejorar su posición jerárquica dentro del sistema de normas mexicano.

³⁶ “Que, en consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional” (*Espósito, Miguel A. s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, considerando 16).

³⁷ Agradecemos a Francisca Pou, profesora del ITAM, por sus aportes a esta investigación sobre el proceso de recepción del DIDH en México.

³⁸ Artículo 133 de los Estados Unidos Mexicanos: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”.

³⁹ SCJN, Amparo en revisión 1475/98 y amparo en revisión 120/2002. Véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La aplicación judicial de los derechos humanos de fuente internacional (algunos de sus problemas, retos y propuestas de solución)”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo. Derechos Humanos*, t. V, vol. 1, México, UNAM, 2015, pp. 279-320. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3960/16.pdf>, artículo visitado en marzo 2016.

En 2011 se realizó una reforma a la Constitución mexicana, que marcó un hito para la discusión sobre la recepción formal del DIDH en el derecho interno mexicano.⁴⁰ La modificación al artículo 1o. de la Constitución Política de la República⁴¹ llevó a la doctrina a plantear un cambio de paradigma en cuanto a la recepción del DIDH en el ámbito interno y, en general, respecto de la protección de los derechos humanos,⁴² pues este artículo traslada el debate clásico que resuelve el tema de la recepción del DIDH en términos de jerarquía, hacia una visión basada en la efectividad y amplitud de la protección de los derechos humanos, en la medida en que se consagra el principio pro persona a nivel constitucional, resolviéndose el asunto a nivel interpretativo.⁴³ En efecto, en el primer hito jurisprudencial⁴⁴ *post* la reforma de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México asume el nuevo paradigma de la operatividad de la

⁴⁰ Carbonell, Miguel, “Derechos humanos en la Constitución mexicana”, en MacGregor Eduardo, Caballero José y Steiner Christian (eds.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional y latinoamericana*, México, Konrad Adenauer Stiftung-Suprema Corte de Justicia de México-UNAM, 2013, pp. 19-46, y Carpizo, Jorge, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012, pp. 801-858.

⁴¹ El artículo 1o. de la Constitución se modifica: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...”.

⁴² Salazar, Pedro y Carbonell, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 9.

⁴³ Caballero, José Luis, *La interpretación conforme: el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.

⁴⁴ SCJN, expediente varios 912/2010, del 15 de julio de 2011. En esta sentencia, la SCJN se pronunció acerca de las obligaciones del Poder Judicial de la Federación con relación al cumplimiento de la sentencia del caso Radilla Pacheco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs. México, excepciones

interpretación.⁴⁵ En esta sentencia también se asentó la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH y la necesidad de realizar un control de convencionalidad *ex officio*.⁴⁶

Pese a ello, uno de los problemas que se generó con la reforma constitucional, es que persistió el artículo 133 de la Constitución, por lo que la jurisprudencia tuvo que determinar cómo se debía armonizar este numeral a la luz del nuevo artículo 1o. constitucional. La jurisprudencia optó por una solución que nuevamente vuelve a la solución en términos de jerarquía cuando existen restricciones previstas en la Constitución.⁴⁷

Como señala Francisca Pou, ésta es una arquitectura profundamente inestable, pues cada vez que la SCJN debe aplicar DIDH vuelve a rediscurrir la temática, generando inseguridad jurídica.⁴⁸

6. Criterios unificadores que surgen de la experiencia comparada

La respuesta de la justicia constitucional, si bien parte de modelos institucionales distintos, sí tiene puntos de convergencia. La recepción jurisprudencial del DIDH en el ámbito interno en la resolución de casos concretos ha perseguido algunos objetivos que nos permiten configurar ciertos criterios analíticos comparados. Los principios unificadores son aquellos que permiten cumplir con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, y que además permitan dar eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito interno. Cumpliendo estos objetivos se estarán satisfaciendo una de las premisas básicas de los

preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209).

⁴⁵ Paradigma de la interpretación conforme, véase SCJN, expediente varios 912/2010, del 15 de julio de 2011, párr. 33.

⁴⁶ Sobre los principales aspectos de esta sentencia véase CDH, *Edición especial boletín de jurisprudencia de la Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs. México*, Santiago, 2013, <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/102.pdf>, visitado en marzo de 2016.

⁴⁷ SCJN, contradicción de tesis 293/2011, 3 de septiembre de 2013, el destacado es original, reiterada en expediente varios 1396/2011 del 11 de mayo de 2015.

⁴⁸ Pou, Francisca, "Recepción jurisprudencial del DIDH en la SCJN", ponencia presentada en la Universidad de Chile, en el marco del seminario *Recepción jurisprudencial del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno: experiencias comparadas*, Santiago de Chile, 3 de diciembre de 2015.

sistemas normativos constitucionales e internacionales, cual es el pleno respeto por la coherencia interna de cada sistema normativo.

A. *Cumplimiento de obligaciones internacionales*

Al suscribir los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los Estados se obligan a adoptar todas las medidas necesarias para su cumplimiento de buena fe.⁴⁹ Dentro de estas medidas estatales está la obligación de adoptar medidas jurisdiccionales; esto es, que los tribunales adopten medidas tanto en la tramitación de los casos como en la resolución sustantiva de los mismos a la luz del contenido y alcance de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales.⁵⁰

En la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina destaca el “*caso Simón*”,⁵¹ donde dicho tribunal declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 (conocidas como leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida”) ratificando la Ley 25.779 que las había anulado. Así, declaró la Corte que “en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al ‘olvido’ de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables”,⁵² y que

...en el caso (Barrios Altos) [la Corte IDH] estableció severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar..., toda regulación de derecho interno que, invocando razones de ‘pacificación’ disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es con-

⁴⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26 “*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

⁵⁰ Artículo 2o., CADH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁵¹ CSJN, caso *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de libertad*, 6 de marzo de 2001, causa 17.768.

⁵² *Ibidem*, párr. 16.

traría a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida.⁵³

En el mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que la jurisprudencia de la Corte IDH “contiene la interpretación autorizada de las obligaciones internacionales del Estado en materia de verdad, justicia y reparación”.⁵⁴ Sobre esta materia también ha sido fundamental la incorporación sustantiva de instrumentos del DIDH y del derecho internacional humanitario.⁵⁵ En particular, sobre la reparación, la Corte Constitucional en un hito en 2002 para cambiar su jurisprudencia sobre el tema, indicó: “un cambio en la concepción del referente normativo, en particular, en el derecho internacional de los derechos humanos... —en especial en el derecho de los derechos humanos del sistema interamericano— hacia una protección amplia de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos”,⁵⁶ lo que la llevó a concluir que “la víctima de un delito o los perjudicados por éste tienen derecho a participar en el proceso penal no solo para obtener el resarcimiento pecuniario, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia”.⁵⁷

Finalmente, en el caso peruano en el denominado caso “*Martín Rivas*”,⁵⁸ el Tribunal Constitucional de Perú da cumplimiento de lo dictado en los casos *Barrios Altos*⁵⁹ y *La Cantuta*.⁶⁰

⁵³ *Ibidem*, párr. 26.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia 370-2006. Hizo referencia a las sentencias que decidieron los casos *Godínez Cruz contra Honduras*, *Barrios Altos contra Perú*, *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, *Gómez Paquiyauri*, *masacre Mapiripán contra Colombia*, *Comunidad Moiwana contra Suriname* y *Bámaca Velásquez contra Guatemala*.

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-279 de 2013, C-052 de 2012 y C-771 de 2011.

⁵⁶ *Ibidem*, sentencia 228-2002.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Tribunal Constitucional de Perú, sentencia 679-2005-PA/TC, párrs. 49 y 50.

⁵⁹ Corte IDH, caso *Barrios Altos vs. Perú*, fondo, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, núm. 75.

⁶⁰ Corte IDH, caso *La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, núm. 162.

B. *Efectividad en la protección de los derechos*

El segundo criterio que se desprende de la jurisprudencia comparada es la necesidad de interpretar las normas sobre derechos fundamentales de forma tal que estos derechos puedan cumplir con su objeto y fin en cada caso concreto. La efectividad de las normas sobre derechos humanos consagradas en los instrumentos internacionales son un estándar normativo sobre derechos individuales que fijan un cierto patrón de conducta al Estado, que debe ser concretizado en cada caso concreto. Esto obliga a la judicatura a interpretar las normas buscando aquella interpretación que permita a cada persona o grupo protegido por las mismas su pleno goce y ejercicio. En caso de que se establezca alguna limitación, para que esta sea legítima será necesario que se cumplan los requisitos consagrados internacionalmente.

Ejemplos de este camino en la jurisprudencia comparada son los casos referidos a la protección de grupos en situación de discriminación.⁶¹ Así, por ejemplo, en el caso mexicano, respecto a la temática indígena, la SCJN ha dispuesto la necesidad de garantizar un acceso a la justicia que considere las particularidades de los pueblos indígenas, disponiendo el desarrollo de procesos judiciales culturalmente sensibles;⁶² estableciendo, además, la obligación de realizar la consulta previa en conformidad con los estándares del Convenio 169 de la OIT.⁶³ En materia de violencia contra las mujeres ha incorporado la Convención de Belém do Pará y la CEDAW, junto con la jurisprudencia interamericana, para desarrollar extensamente los deberes de debida diligencia con que deben actuar los/as jueces/zas frente a casos de violencia contra la mujer,⁶⁴ estableciendo el deber de juzgar con perspectiva de género.⁶⁵ Finalmente, en materia de derechos de las personas con discapacidad, por aplicación de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, ha realizado sentencias en formato de

⁶¹ Sobre la respuesta jurisdiccional frente a estos casos en América Latina y en la jurisprudencia interamericana, véase Núñez, Constanza y Nash, Claudio, *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, Colección Derecho Procesal de los Derechos Humanos, México, IIDH-UBIJUS, 2015.

⁶² Véase, entre otros, SCJN, expediente varios 1396/2011.

⁶³ *Ibidem*, amparo en revisión 631/2012 y amparo en revisión 498/2015.

⁶⁴ *Ibidem*, amparo en revisión 554/2013 y expediente varios 1396/2014.

⁶⁵ *Ibidem*, amparo directo en revisión 2655/2013.

“lectura fácil” y modificado el sistema de capacidad jurídica desde un modelo basado en la dependencia a uno basado en el acompañamiento en la toma de decisiones (que tiene como paradigma el modelo social de la discapacidad).⁶⁶

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, respecto de grupos en situación de discriminación ha señalado —de manera general— que:

...los poderes públicos, de su parte, están obligados, por la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a garantizar y propiciar el respeto efectivo del principio y el derecho a la igualdad —real y no formal— de tales grupos (artículos 33 constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José. Las situaciones de discriminación pueden ser fácticas o jurídicas, serán del primer tipo cuando, ante la existencia de un grupo minoritario en desventaja y discriminado, no se adoptan medidas para superar tal estado de cosas.⁶⁷

En ese sentido, por ejemplo, respecto de las personas privadas de libertad, ha dispuesto medidas que tienen por objeto prevenir que dichas acciones se reiteren en el futuro.⁶⁸

Finalmente, en esta materia también destaca la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, particularmente mediante la declaración de “estado de cosas inconstitucional”, donde detectando la existencia de una situación que es contraria a las normas constitucionales e internacionales sobre derechos humanos respecto de ciertos grupos de la población, ha ordenado remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de derechos, sino también a otras personas.⁶⁹ En este sentido, ha considerado particularmente la jurisprudencia de la Corte IDH en temas de población desplazada y violencia sexual en la sentencia de estado de cosas inconstitucional T-025/2004;⁷⁰ las normas y principios del DIDH en materia de derechos

⁶⁶ *Ibidem*, amparo en revisión 159/2013.

⁶⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, sentencia 10404-2013.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, sentencia 3684-2006; sentencia 011464-2011; 2011-008906; 2011-017237; 2012-01075.

⁶⁹ Sobre la materia véase Núñez, Constanza y Nash, Claudio, 2015, *op. cit.*

⁷⁰ Criterios profundizados a la luz del DIDH en el auto de seguimiento 009/2015.

de las personas privadas de libertad en la sentencia de estado de cosas inconstitucional T-153/1998⁷¹ y el contenido de las obligaciones estatales con relación a derechos con fuerte contenido prestacional, como el derecho a la salud en la sentencia T-760-2008.

C. *Coherencia del sistema jurídico interno*

En un sistema codificado como lo son nuestros sistemas constitucionales, la norma superior del sistema irradia a todas las normas inferiores y a las actividades de sus órganos que deben ajustarse a esta.⁷² De esta forma, un sistema coherente será aquel que permita un ejercicio lógico desde la norma superior a la resolución del caso concreto, pasando por las normas procesales y sustantivas aplicables. Por tanto, la legitimidad de las resoluciones en el ámbito interno está dada por la coherencia de la resolución concreta a las obligaciones constitucionales y a las obligaciones internacionales.⁷³ En los sistemas analizados, como las normas internacionales en materia de derechos humanos, no están, necesariamente, constitucionalizadas formalmente, se hace necesario un ejercicio interpretativo para que las resoluciones de casos concretos satisfagan estas dos fuentes de coherencia interna: la de origen constitucional y la de origen internacional.⁷⁴

En el caso de Argentina, destaca el fallo “*Casal*”,⁷⁵ donde la Corte Suprema argentina interpretó el alcance de la casación en Argentina —que

⁷¹ Criterios profundizados a la luz del DIDH en la T-861-2013.

⁷² Hesse, K., “El significado de los derechos fundamentales”, en Benda, E. *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Evap-Marcial Pons, 1996.

⁷³ Esta es una característica propia de los sistemas codificados, construidos sobre la idea de sistematicidad y coherencia lógica. Véase Ruiz Miguel, A., *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 270-275.

⁷⁴ Esto se ha realizado principalmente mediante el ejercicio de control de convencionalidad. Sobre el control de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana, véase Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia: control de convencionalidad*, San José, 2015. En la jurisprudencia de América Latina, véase ACNUDH y SCJN, *Tendencias de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad*, México, 2012.

⁷⁵ CSJN, caso *Casal, Matías Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa*, 20 de septiembre de 2005.

tradicionalmente había estado limitado a cuestiones jurídicas— dándole un sentido conforme a las obligaciones internacionales del Estado.⁷⁶

De la misma forma, la SCJN, en casos referidos a la justicia militar, ha señalado a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH que debe interpretarse el fuero militar de manera restrictiva, dando coherencia al ordenamiento jurídico.⁷⁷

Finalmente, en el caso de Perú, resulta relevante destacar aquellos casos en que se ha interpretado la normativa sobre libertad de reunión ordenando una interpretación restrictiva a la luz de los estándares fijados

⁷⁶ “Que en síntesis, cabe entender que el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas. Dicho entendimiento se impone como resultado de (a) un análisis exegético del mencionado dispositivo, que en modo alguno limita ni impone la reducción del recurso casatorio a cuestiones de derecho, (b) la imposibilidad práctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, que no pasa de configurar un ámbito de arbitrariedad selectiva; (c) que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inc. 22, del art. 75, arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); (d) ser también la única compatible con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ibidem*, párr. 34.

⁷⁷ “...derivado del cumplimiento que el Estado Mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación *la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, conforme a esta interpretación”, tesis P. LXXI/2011 (9a.) consultable en la página 554, libro III, diciembre de 2011, tomo I, de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época. El destacado es nuestro. En el mismo sentido: SCJN, expediente Varios 1396/2011, 13 de mayo de 2015.

en el artículo 15 de la CADH⁷⁸ o se han fijado parámetros de interpretación constitucional para la garantía del plazo razonable para garantizar la coherencia con el estándar interamericano.⁷⁹

V. ASPECTOS COMUNES DE LA RECEPCIÓN FORMAL Y SU PASO A UNA RECEPCIÓN SUSTANTIVA

Desde la perspectiva del diseño institucional, un problema en la experiencia comparada es la vigencia de normas constitucionales que son poco claras en cuanto al modelo de recepción formal de los tratados de derechos humanos y la jerarquía con que ingresan al ordenamiento jurídico (como el caso peruano), y el desarrollo de reformas constitucionales que dificultan la existencia de una coherencia interna en la misma Constitución, ya sea porque existen normas aparentemente contradictorias sobre la materia en la misma Constitución (como el caso mexicano) o porque no existe un tratamiento sistemático sobre la materia y es necesario un esfuerzo interpretativo para construir la opción constitucional en la materia (como el caso colombiano).

Ambos déficit dejan un amplio margen al juzgador para desarrollar interpretaciones que restrinjan la protección de los derechos humanos de fuente internacional. Por ejemplo, en el caso de México, como decíamos, la reforma constitucional mexicana de 2011 modificó un aspecto central sobre la recepción constitucional del DIDH, que fue consagrar los derechos humanos contenidos en tratados internacionales como normas de rango constitucional. El punto es que al no modificarse el artículo 133 de la propia Constitución, relativo a la jerarquía de los tratados internacionales, se planteó la duda sobre la interpretación que permita compatibilizar ambas normas de rango constitucional. La resolución plantea la excepción de la preferencia de la norma constitucional frente a la contradicción con la norma internacional. Esto es un problema, ya que es precisamente en los casos de contradicción entre las normas constitucionales y los estándares internacionales donde se juega la coherencia del sistema. El verdadero

⁷⁸ Tribunal Constitucional de Perú, sentencia 4677-2004-PA/TC (caso Confederación General de Trabajadores del Perú), sentencia del 7 de diciembre de 2005.

⁷⁹ Tribunal Constitucional, sentencia 3771-2004-HC/TC (caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón), sentencia del 29 de diciembre de 2004.

cambio de paradigma es establecer que los derechos humanos de origen constitucional e internacional son un parámetro de constitucionalidad. Seguir dando preeminencia a las excepciones constitucionales da cuenta de la mantención del paradigma tradicional de la Constitución por sobre los derechos humanos contenidos en tratados internacionales y no de un nuevo orden constitucional más complejo y robusto hacia donde parecía ir dirigida la reforma constitucional de 2011.

Desde la perspectiva de la aplicación jurisdiccional de los tratados sobre derechos humanos y otras fuentes de derechos humanos, un problema común al que deben enfrentarse los juzgadores, es que se amplía el espectro de normas bajo el cual deben resolver los conflictos. En efecto, el parámetro constitucional, al estar compuesto por fuentes nacionales e internacionales, abre una amplitud de posibilidades de “cotejo”, donde pueden existir diversas respuestas para un mismo conflicto, ya sea porque existan dudas acerca de cuál norma aplicar, o cuál es la interpretación más adecuada.

Además de la elección de la norma adecuada, también resulta conflictiva para la aplicación jurisdiccional la existencia de conflictos normativos dentro de normas de igual jerarquía. En este ejercicio, no ha sido extraño encontrarse con sentencias que en los denominados “casos difíciles” optan por solucionar el conflicto bajo la preferencia de la norma constitucional, y no bajo la necesaria articulación entre fuentes,⁸⁰ sacrificando la coherencia interna del sistema jurídico.

Asimismo, es habitual encontrarse con sentencias que omiten la aplicación sustantiva de estándares internacionales bajo el argumento de la suficiencia de la norma nacional para la resolución de conflictos o donde las fuentes de derecho internacional son enunciativas, no existiendo una aplicación sustantiva de las mismas.⁸¹ La interpretación

⁸⁰ Pasa así en México, con el caso del arraigo (véase, por ejemplo, SCJN, amparo directo en revisión 1250/2012) y en Colombia véase, por ejemplo, el debate sobre la articulación entre el artículo 277-6 de la Constitución y el artículo 23 de la CADH, en: C-028-2006.

⁸¹ Véase, por ejemplo, en México (omisión de aplicación de normas sobre derechos de las mujeres, en amparo directo 10/2012 y argumento de la suficiencia de la norma nacional, en tesis 172/2012 (10a. época); amparo en revisión 781/2012 y amparo directo en revisión 2956/2011, entre otros. Sobre el margen de apreciación nacional encontramos argumentaciones en este sentido en CSJN, caso “*D. de P. V. c O., C.H.s impugnación de paternidad*”, 1o. de noviembre de 1999, Fallos: 322:2701 (Argentina), y Corte Constitucional de Colombia. C-355/2006 y C-198/2002.

neutralizante,⁸² en este sentido, busca esconder la reivindicación de un margen de apreciación nacional o es una herramienta para apartarse de los estándares internacionales.⁸³

Desde un punto de vista hermenéutico, aunque la normativa interna consagre una norma que *prima facie* sea suficiente para resolver un conflicto, resulta imperativo para la magistratura esgrimir las razones de por qué la previsión constitucional resultaría no sólo suficiente, sino más beneficiosa para la protección de los derechos humanos (única hipótesis para separarse legítimamente de los estándares internacionales). Esto permite dos cosas: legitimar la intervención judicial desde el punto de vista de los derechos humanos y cumplir con las obligaciones internacionales a que se ha comprometido el Estado.

Para lograr la satisfacción de los criterios que hemos enumerado en el apartado anterior (cumplimiento de obligaciones internacionales, efectividad de los derechos y coherencia interna del sistema), los tribunales con competencia constitucional han debido desarrollar ciertas herramientas, que les han permitido el cumplimiento de dichos objetivos a partir de diseños institucionales con diferentes soluciones a la cuestión de la recepción constitucional.

Son dos los instrumentos que destacan en el análisis comparado. El bloque de constitucionalidad y el principio pro persona.

1. *Bloque de constitucionalidad*

La noción de “bloque de constitucionalidad”, siguiendo al jurista colombiano Rodrigo Uprimny, hace referencia a la existencia de normas constitucionales, o al menos supralegales, que no aparecen directamente en el texto constitucional.⁸⁴ Lo relevante es que dentro de esta institución no existe un sistema jerárquico, y cada uno de los elementos es considerado en un plano de igualdad, lo que implica la necesidad de conciliar las

⁸² En este sentido, Nogueira, citando a Sudre, “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional período 2006-2011”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 10, núm. 2, 2012.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ Uprimny, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006, p. 31.

distintas disposiciones, y por tanto, obliga a avanzar en la coherencia del sistema, de manera que el objetivo de esta institución es servir de baremo de constitucionalidad para las cortes constitucionales.⁸⁵

Las altas cortes latinoamericanas han utilizado la noción de bloque constitucional de derechos para articular el DIDH y el derecho interno,⁸⁶ incorporando al bloque constitucional las normas y principios del DIDH en materia de derechos fundamentales, así como la jurisprudencia de los órganos de protección, con objeto de servir como baremo de constitucionalidad, elemento para completar el catálogo de derechos y para darle un alcance más amplio y comprehensivo a derechos consagrados constitucionalmente.⁸⁷

El proceso más destacable en este ámbito es el de Colombia. En 1995 se desarrollan por parte de la Corte Constitucional colombiana los alcances del “bloque de constitucionalidad”, en particular, a través de la sentencia C-225/1995, relativa a las Convenciones de Ginebra de 1949. A juicio de la Corte Constitucional, el “bloque de constitucionalidad”

...está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato

⁸⁵ Nash, Claudio, “El bloque de constitucionalidad y su recepción en la jurisprudencia: Tendencias en Latinoamérica”, *Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación*, México, Porrúa, 2013.

⁸⁶ Estudios sobre el bloque de constitucionalidad y su recepción en la jurisprudencia latinoamericana, Nogueira, Humberto, “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 13, núm. 2, 2015; García, Leonardo, “De la constitucionalización a la convencionalización del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 36, 2016; Rodríguez, Graciela *et al.*, *Bloque de constitucionalidad en México*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013.

⁸⁷ Algunos ejemplos de su tratamiento por la jurisprudencia latinoamericana: Corte Constitucional colombiana, sentencia del 29 de julio de 1993, C-295/1993; sentencia del 2 de junio de 2010, C-434/2010, Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia del 29 de octubre de 2004, 12263/2004, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “*Aranzibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*”, sentencia del 24 de agosto de 2004, Tribunal Constitucional de Perú, sentencia del 22 de junio de 2005, 2876-2005-HC.

de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.⁸⁸

En cuanto al objetivo de esta institución, es posible desprender de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que el “bloque de constitucionalidad” permite armonizar la primacía de la Constitución con la primacía de los tratados.⁸⁹

La Corte ha señalado que el sentido u objeto de declarar que una norma es parte del “bloque de constitucionalidad” implica que el Estado deba adaptar sus normas de menor jerarquía a los contenidos de la norma internacional a fin de “potenciar la realización material de tales valores”⁹⁰ y evitar las contradicciones.⁹¹

⁸⁸ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-225/1995, considerando 12.

⁸⁹ “A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de *ius cogens*. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens* como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP artículo 4o.). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4o. que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?”, Corte Constitucional colombiana, sentencia C-225/1995, considerando 12.

⁹⁰ “Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”, Corte Constitucional colombiana, sentencia C-225/1995, considerando 12.

⁹¹ “Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexecutable de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución”, Corte Constitucional colombiana, sentencia C-582/1999

Asimismo, el hecho de que una norma internacional de derechos humanos sea parte del “bloque de constitucionalidad” le permite a la Corte Constitucional usarla como base para determinar medidas concretas que debe adoptar el aparato estatal para una efectiva garantía de dichos derechos y, por tanto, puede ser incorporada como parte de las obligaciones exigibles al Estado.⁹²

2. *Principio pro persona*

Conforme al derecho internacional público, se deben interpretar las normas en consideración del objeto y fin del tratado (artículo 31, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), y como sabemos, la esencia y base sobre la cual se construye el DIDH es justamente la efectividad en la protección de los derechos humanos, por lo que puede concluirse que la interpretación debe ser siempre a favor del individuo.⁹³ La Corte IDH ha establecido que el principio pro persona le entrega al intérprete una guía en el sentido de que los derechos debía interpretarlos de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su concreción en el caso, y las restricciones debían ser miradas de una manera lo más estricta posible, de forma tal que no fueran desproporcionadas en el tiempo, en cuanto al

⁹² “De otro lado, la doctrina de la Corte acerca de los derechos de los internos responde a las obligaciones internacionales que ha asumido Colombia a través de la suscripción de tratados internacionales de derechos humanos, tratados que, como ya se sabe, hacen parte del bloque de constitucionalidad, y en consecuencia, sirven también de parámetro para examinar la constitucionalidad de las leyes y los actos administrativos. En efecto, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos —también conocida como el Pacto de San José, y que fue aprobada por el Congreso mediante la Ley 16 de 1972— como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante la Ley 74 de 1968, establecen que los reclusos tienen el derecho a ser tratados en una forma digna, de acuerdo con el valor que les confiere su calidad de personas, y que el objeto de la pena es la resocialización”, Corte Constitucional colombiana, sentencia T-153/1998, considerando 45.

⁹³ “El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”, Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-284/06, párr. 3.2.4.

objetivo legítimo para hacer convivir dos derechos o intereses que están en contraposición.⁹⁴

El principio pro persona es un principio hermenéutico que cumple un rol de corrección al momento de interpretar los derechos humanos, permitiendo elegir entre distintas interpretaciones posibles, y de esta forma cumplir de buena fe con los compromisos internacionales del Estado. En este sentido, conforme a este principio, el criterio clásico de la jerarquía cede ante el carácter más favorable de otra norma de jerarquía inferior.⁹⁵ Este principio ayuda a superar el debate relacionado con la jerarquía de normas, pues teniendo como fin último la protección de los derechos de las personas, lo que importa es la aplicación de la norma que mejor dé vigencia a los derechos humanos sin importar su posición jerárquica.⁹⁶

En el ámbito comparado, el principio pro persona ha recibido consagración constitucional (como vimos en el caso de México) y recepción en la jurisprudencia constitucional,⁹⁷ siendo un elemento esencial para articular la solución de conflictos que se derivan por la incorporación del DIDH en el derecho interno.⁹⁸ Así, por ejemplo, en el caso de Colombia,⁹⁹

⁹⁴ “En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”, Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, párr. 51. Un análisis doctrinario en, Rodríguez, Gabriela, “Artículo 29. Normas de interpretación”, en Steiner, Christina y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

⁹⁵ Rodríguez, Gabriela, “Artículo 29. Normas de interpretación”, en Steiner, Christina y Uribe, Patricia (eds.), *idem*.

⁹⁶ Castilla, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, 2009.

⁹⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma de para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 531-622.

⁹⁸ Un análisis comparado sobre la aplicación del principio pro persona en el ámbito interno, Castañeda, Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*, México, CNDH, 2015.

⁹⁹ Véase, entre otros, Corte Constitucional colombiana: C-551 de 2003, C-817 y C-1056 de 2004, C-148 de 2005, C-187 de 2006 y T-284/06. Citados en Castilla, Kar-

el principio ha servido para sortear los obstáculos a que hacíamos referencia en la aplicación jurisdiccional de estándares internacionales, transformándose en una herramienta de solución de conflictos normativos o de interpretación.¹⁰⁰

En Argentina,¹⁰¹ destaca la utilización de este principio, particularmente, en casos penales.¹⁰²

Encontramos referencia y aplicación de este principio también en el Tribunal Constitucional de Perú¹⁰³ y en la Sala Constitucional de Costa Rica.¹⁰⁴

los, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, 2009. Véase, en el contexto de acciones de tutela: T-085/2012 y T-129-2011.

¹⁰⁰ “El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1o. de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2o.), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia *«principio de interpretación pro homine»* o *«pro personas»*. A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: *«El principio de interpretación <pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional»*”. En la sentencia C-438-2013 sintetiza su doctrina.

¹⁰¹ Véase, entre otros, CSJN, “Caso Acosta”, 23 de abril de 2008, *Fallos*: 331:858, y “caso Cardozo”, 20 de junio de 2006, *Fallos*: 329:2265.

¹⁰² “En lo que aquí interesa, dicho artículo 8o. inc. 2, h), le da el derecho al imputado a recurrir y no dice si por sí o por el defensor, de manera que debe entenderse del modo que en mayor medida pueda favorecer a la persona humana pues en 16 el Derecho Internacional de los Derechos Humanos rige la interpretación humanitaria Pro Homine. Por lo tanto, su voluntad de impugnación debe ser articulada en este proceso, de conformidad con el artículo 29 de dicho instrumento internacional (se refiere a la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, caso “Bouzada”, del 22 de marzo de 2006, y caso “Medina”, del 21 de marzo de 2007, citado en Nogueira, Humberto, *El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y el derecho interno como regla de interpretación y regla de preferencia normativa*, http://cmjusticiainstitucional.com/wp-content/uploads/2015/08/Principio-favor-persona-o-pro-homine-2015_-13-agosto-2015.-Humberto-Nogueira-Alcala-.pdf, consultado en marzo de 2016.

¹⁰³ Tribunal Constitucional de Perú: exps. 0075-2004- AA/TC, 1003-98-AA/TC y 8780-2005-PHC/TC. Todos citados en Castilla, Karlos, *op. cit.* Sobre la aplicación de este principio por parte del Tribunal Constitucional de Perú, véase Carpio, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2004.

¹⁰⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, exp. 04-001673-0007-CO.

VI. CHILE, LA RECEPCIÓN FORMAL Y SU EXPERIENCIA DE RECEPCIÓN SUSTANTIVA

En Chile, el debate doctrinario acerca de la incorporación del DIDH se ha centrado desde la reforma constitucional de 1989 en su aspecto formal.¹⁰⁵ Es decir, el debate ha estado en responder a la interrogante acerca de qué mecanismos son los adecuados para que el DIDH adquiera validez en el derecho interno y con qué jerarquía debe hacerlo.

En general, la recepción de los tratados de derechos humanos no tiene problemas diferentes de los de la recepción del resto de los tratados.¹⁰⁶ Sin embargo, cuando nos enfrentamos ante la problemática de la jerarquía, existen diferencias de tratamiento en el ordenamiento jurídico chileno ante tratados de derechos humanos. En este sentido, en el aspecto formal, la discusión ha persistido en determinar el rango de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales (supralegal, constitucional o supraconstitucional).¹⁰⁷

En Chile, es una cuestión aceptada pacíficamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema que los tratados internacionales tienen una jerarquía supralegal.¹⁰⁸ Sin embargo, han existido diferencias importantes entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y lo asentado por el Tribunal

¹⁰⁵ Nash, Claudio, *Derecho internacional de los derechos humanos: recepción y aplicación en el ámbito interno*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012.

¹⁰⁶ García, Ana María, “Tratados internacionales según la reforma del 2005”, *Revista de Derecho Público*, Santiago, núm. 68, 2006, y Nogueira, Humberto, “Reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 5, núm. 1, 2007, pp. 59-88.

¹⁰⁷ En esta discusión, véanse, entre otros, Fernández, Miguel Ángel, “La reforma al artículo 5o. de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho Universidad Católica de Chile*, vol. 16 núm. 3, 1989; Nogueira, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Chilena de Derecho Universidad Católica de Chile*, Santiago, vol. 23, núm. 2, 1996; Pfeiffer, Emilio, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, *Revista Ius et Praxis*, año 9, núm. 1, 2003, y Aldunate, Eduardo, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Revista Ius et Praxis*, año 16, núm. 2, 2010.

¹⁰⁸ Benadava, Santiago, “Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, en León, Avelino (coord.), *Nuevos desafíos del derecho internacional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

Constitucional respecto a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales.¹⁰⁹ Mientras la primera ha sostenido el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, basada en la incorporación automática de los derechos fundamentales a la carta constitucional tras la reforma de 1989;¹¹⁰ el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que los tratados son sólo leyes en el rango de la pirámide normativa.¹¹¹

En este sentido, los términos en que está redactado el artículo 5 de la Constitución han permitido diversas interpretaciones respecto al rango que ocupan los derechos humanos en la pirámide normativa, por lo que la discusión acerca de la recepción formal en Chile ha sido central en el debate académico y jurisprudencial.

1. *Convergencias y divergencias con la experiencia comparada*

La experiencia chilena¹¹² en el ámbito de la recepción formal y sustantiva presenta convergencias y divergencias con la experiencia comparada, tanto en los problemas referidos a esta incorporación como en sus soluciones comunes para su recepción sustantiva.

¹⁰⁹ Un completo estudio de la evolución jurisprudencial en este tema: Henríquez, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos. Análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008.

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Chile, sentencia del 17 de noviembre de 2004, rol 517-2004; sentencia del 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004; sentencia del 13 de marzo de 2007, rol 3125-2004; sentencia del 18 de junio de 2008, rol 2054-08; sentencia del 10 de mayo de 2007, rol 3452-06; sentencia del 24 de enero de 2008, rol 1528-06; sentencia del 4 de septiembre de 2013, rol 3841-2012.

¹¹¹ En este sentido, véase la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional con motivo de la aprobación del Tratado que crea el Tribunal Penal Internacional, sentencia del 8 de abril de 2002, rol 346. Esto se reafirma en la sentencia del 9 de agosto de 2009, rol 1288, donde el Tribunal Constitucional somete a los tratados internacionales a un control represivo de constitucionalidad y en la sentencia sobre constitucionalidad de la Ley de Pesca, roles 2387 y 2388 acumulados.

¹¹² La experiencia chilena en el ámbito de la recepción jurisprudencial es analizada en este estudio respecto de las cortes de apelaciones y Corte Suprema, pues son éstas las que tienen la competencia en el ordenamiento jurídico chileno de velar por la protección de los derechos fundamentales mediante acciones de tutela (protección en Chile) y hábeas corpus (amparo en Chile).

A. *Convergencias*

Pese a la ambigüedad de la norma nacional para identificar la jerarquía de los derechos humanos consagrados a nivel internacional, esto no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile (cortes de apelaciones y Corte Suprema) hayan desarrollado argumentaciones utilizando el bloque de constitucionalidad, para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado y dar coherencia al ordenamiento jurídico interno cuando se encuentra en oposición a las normas internacionales sobre derechos humanos.

De manera similar a la experiencia comparada, en el ámbito de cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, los tribunales superiores de justicia han desarrollado una amplia jurisprudencia para garantizar los derechos de las víctimas a la verdad y justicia respecto de violaciones graves a los derechos humanos.¹¹³ En este sentido, destaca la incorporación de las normas de tratados sobre derechos humanos, derecho internacional humanitario y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Así, en un hito en la materia denominado “*Caso Sandoval*”,¹¹⁴ la Corte Suprema se refirió a la obligación del Estado de Chile de proscribir la impunidad en casos referidos a violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos.¹¹⁵

¹¹³ En esta materia, se revisaron 184 sentencias dictadas en el periodo 2005-2014, de las cuales 58 corresponden a sentencias dictadas por cortes de apelaciones y 126 a sentencias dictadas por la Corte Suprema. De las 184 sentencias revisadas, 75 de ellas hacen referencia al DIDH.

¹¹⁴ Corte Suprema, sentencia rol 517-2004.

¹¹⁵ “Que, en consecuencia, el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”, *ibidem*, considerando 35.

En este sentido, la jurisprudencia nacional ha hecho referencia a la existencia de una Constitución material que incorpora estas obligaciones por el Estado, por mandato del artículo 5o. de la Constitución.¹¹⁶

Sobre otras fuentes de derecho internacional, destaca particularmente lo asentado en el denominado “*Caso Molco*”,¹¹⁷ donde para resolver la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad se hizo mención a los principios de *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH.¹¹⁸

Asimismo, en otro hito de recepción sustancial del DIDH en la materia, la Corte Suprema se ha referido a la obligación del Estado de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos.¹¹⁹ Para ello, argumenta sobre la base de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹²⁰

¹¹⁶ “Que también los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuyo colofón —de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución— es que prevalecen sobre la legislación interna, puesto 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.

Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5o. de la Constitución Política de la República, preceptúa... Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos... aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regula los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5o., sino también del 1o., incisos primero y cuarto, y 19, núm. 26, de la carta magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1o. común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario...”. Corte Suprema, sentencia rol 1528-2006, considerandos 34, 38 y 43.

¹¹⁷ Corte Suprema, sentencia rol 559-2004.

¹¹⁸ *Ibidem*, considerandos 12, 13 y 20.

¹¹⁹ Véase, entre otras, Corte Suprema, sentencia rol 519-2013; rol 5831-2013; rol 3841-2012; 6308-2007; 5132-2008.

¹²⁰ “Que, la normativa internacional aplicable en la especie, por mandato constitucional, propende a la reparación integral de las víctimas, lo que incluye el ámbito patrimonial

Otro aspecto donde se evidencia un esfuerzo argumentativo de las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema para dar coherencia a un ordenamiento jurídico compuesto por derechos humanos de fuente nacional e internacional es en materia de justicia penal adolescente. Mediante una interpretación conforme de la legislación nacional a la Convención de Derechos del Niño y otras fuentes de derecho internacional, como las Reglas de Beijing, se ha buscado armonizar la legislación interna.¹²¹

En el mismo sentido, ha dado coherencia al ordenamiento jurídico interpretando conforme a la CDN las normas sobre inclusión de la huella digital de condenados, excluyendo de su aplicación a los/as adolescentes,¹²² y determinando que se debe excluir como agravante los delitos cometidos por adolescentes en la determinación de la pena cuando son adultos, en conformidad con la Convención y las Reglas de Beijing.¹²³

—de conformidad a los Convenios y Tratados celebrados por Chile— que por disposición constitucional le son vinculantes, como ocurre v. gr., y entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que se encuentra vigente en nuestro país desde el 27 de Enero de 1980, la que establece en su artículo 27 que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado”, Corte Suprema, sentencia rol 6-2009, párr. 25.

¹²¹ Por ejemplo, en materia de imposición de penas privativas de libertad respecto de niños/as: “Que lo que hasta ahora se ha venido expresando es el resultado obligado de una tarea hermenéutica, acorde con los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a disposición del intérprete, *entre los cuales destaca el elemento sistemático, que impone establecer la debida correspondencia y armonía entre las diversas partes del contexto normativo, integrado, en este caso, no sólo por disposiciones de la ley local, sino por principios y dictados ordenadores, como los contenidos en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño...* especialmente de sus artículos 37 b) y 40...”. Corte Suprema, sentencia rol 5339-2009, considerando 7. El destacado es nuestro.

¹²² Véase, entre otras, Corte Suprema, sentencia rol 2995-2012; rol 5012-2012; rol 559-2015; y rol 4760-2012. Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 343-2014; Corte de Apelaciones de Temuco, rol 888-2014.

¹²³ “...será un desacierto recurrir mecánica e irreflexivamente a todas las instituciones regladas en el Código Penal y demás leyes especiales, que la Ley núm. 20.084 no trata expresamente o cuya aplicación no descarte de manera explícita, pues el intérprete, más aún el judicial, debe también verificar si la materia regulada por el precepto dubitado va a colmar o complementar un área que requiere integración a la luz de los principios y postulados que rigen el sistema de responsabilidad penal adolescente, ya sea que se hallen en la propia Ley núm. 20.084, o en la Constitución o en algún Tratado internacional. *Tal ejercicio hermenéutico podrá llevar a decidir que determinadas instituciones, pese a no ser expresamente desarrolladas ni proscritas por la Ley núm. 20.084, no pueden integrar el sistema que ella consagra, sencillamente porque éste no tiene las carencias o vacíos en el aspecto que gobierna ese instituto, en pocas palabras, la norma dubitada le es asistemática.*”

Otros ejemplos lo constituyen la interpretación armónica que realiza la Corte Suprema del concepto de discriminación en materia laboral a la luz del DIDH¹²⁴ o la interpretación restrictiva del fuero militar que se ha dado en sede de apelaciones.¹²⁵

Finalmente, con la finalidad de dar eficacia a la protección de los derechos humanos consagrados a nivel internacional, la Corte Suprema —mediante la utilización del bloque de convencionalidad— ha interpretado el ordenamiento interno a la luz de las obligaciones del DIDH para concretizar el contenido de las garantías penales, sobre el derecho al recurso y defensa.¹²⁶

Recientemente, para dar efectividad al derecho al recurso en el caso concreto se incorporaron expresamente los estándares fijados por la Corte IDH¹²⁷ en el caso Norín Catrimán.¹²⁸

Empero, no sólo hay una contravención formal al usar las sanciones de la Ley núm. 20.084 para un objetivo distinto al de hacer efectiva la responsabilidad penal del adolescente, sino también una colisión material, pues esa pena adjudicada siendo adolescente, nuevamente por mandato expreso del citado artículo 20 —y del artículo 40 núm. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue su fuente informadora— debe orientarse a su ‘plena integración social’ y nada más contrario y alejado a dicha directriz que luego valerse de esa sanción precisamente para incrementar las penas privativas de libertad —cuyo efecto desocializador y despersonalizante no requiere prueba— que el sistema penal de adultos prevé para la generalidad de los delitos”. Corte Suprema, rol 4419-2013 considerandos 7 y 11. El destacado es nuestro. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Chillán, sentencia rol 151-2015; Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia 97-2015, y Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia rol 86-2015.

¹²⁴ Corte Suprema, rol 23808-2014.

¹²⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1745-2012.

¹²⁶ Corte Suprema, rol 5179-2008, considerandos 10 a 13. En el mismo sentido respecto del derecho a defensa, véase Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia rol 482-2014; rol 209-2014; rol 450-2014; rol 94-2015.

¹²⁷ Corte IDH, caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de mayo de 2014, serie C, núm. 279.

¹²⁸ “Sobre las características de este derecho cabe citar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el denominado (caso Lonkos), que estableció que debe tratarse de un recurso ordinario, accesible y eficaz, que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido, que esté al alcance de toda persona condenada y respete las garantías procesales mínimas. Sobre estas particularidades, tiene relevancia para este caso el que se trate de un recurso accesible, esto es, según la misma sentencia, que «*su presentación no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Las formalidades requeridas para*

En el mismo sentido, respecto a pueblos indígenas, las cortes de apelaciones y la Corte Suprema han integrado la normativa internacional de manera sustantiva para dar efectividad al derecho de propiedad y territorio,¹²⁹ incorporando la consideración de las particularidades culturales en materia penal¹³⁰ y garantizando el derecho a la participación mediante la consulta previa. Resulta ilustrativo al respecto el caso “*Consejo de Pueblos Atacameños*”, donde la Corte Suprema argumenta sobre la base del Convenio 169 para dar efectividad al derecho a la participación en condiciones de igualdad:

Que conviene dejar consignado que el Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece para aquellos grupos con especificidad cultural propia, un mecanismo de participación que les asegure el ejercicio del derecho esencial que la Constitución Política consagra en su artículo primero a todos los integrantes de la comunidad nacional, cual es el de intervenir con igualdad de condiciones en su mayor realización espiritual y material posible. De ello se sigue que cualquier proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios, supone que sea llevado a cabo desde esa particularidad y en dirección a ella. Ha de ser así por cuanto las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados.¹³¹

su admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente»”.

“En esas circunstancias, aparece inconcuso que la contravención legal en que incurrieron los recurridos no sólo implica impedir a la defensa del condenado el ejercicio de una facultad consagrada a su favor en la legislación interna, sino que además conlleva vulnerar una garantía procesal esencial como es el derecho al recurso, cuyo reconocimiento supera los límites del ordenamiento interno para consagrarse a nivel internacional, dada su manifiesta trascendencia, de manera que la declaración de inadmisibilidad devino en ilegal y abusiva”. Corte Suprema, rol 3402-2015, considerando 7. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, rol 427-2015.

¹²⁹ Corte Suprema, rol 2840-2008 y Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 36-2010.

¹³⁰ Corte Suprema, rol 2683-2010; Corte de Apelaciones de Temuco, rol 711-2011; Corte de Apelaciones de Temuco, rol 581-2012; Corte de Apelaciones de Temuco, rol 499-2012 y, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 955-2011.

¹³¹ Corte Suprema, rol 258-2011, considerando 5. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1020-2012, considerando 7, y Corte Suprema, rol 10090-2011, considerando 5.

En el mismo sentido, incorporando la jurisprudencia interamericana se ha dado efectividad al derecho a la libertad de conciencia.¹³²

B. *Divergencias*

Desde la perspectiva de la recepción formal, Chile presenta divergencias con la experiencia comparada en el sentido de que el artículo 5o. es ambiguo en referirse a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, ni tampoco se establecen parámetros interpretativos que permitan determinar con claridad la obligación de los jueces/zas de resolver los casos sometidos a su conocimiento conforme a los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

A diferencia de los procesos comparados, la recepción de la jurisprudencia de organismos de protección internacional es limitada, sólo se in-

¹³² “...es necesario señalar que desde el 15 de Septiembre de 2009, se encuentra vigente en nuestro país, el Convenio 169 de la OIT, que contiene el estándar mínimo para el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas...”

Que por su parte, el artículo 4o. del Convenio señala que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, la cultura y el medio ambiente de los pueblos interesados; en su artículo 5o., señala que al aplicar las disposiciones del Convenio, letra a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos; en su artículo 13 establece que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para la cultura y los valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con la tierra o su territorio.

Que útil es consignar además, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad Sawhoyamata contra el estado de Paraguay, señala que la cultura de los pueblos indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende su identidad cultural.

Que habiéndose dado por acreditado la efectividad de corte de bosque nativo, sin autorización de Conaf, en territorio sagrado para la comunidad mapuche wiilliche, dado lo referido particularmente en informe de Conadi, y denuncia ante Juzgado de Policía Local, inequívocamente se ha vulnerado el derecho al ejercicio libre de todos los cultos, y además las normas del Convenio núm. 169 de la OIT, que considera elemental respetar la cosmovisión de los pueblos indígenas, que incluye su forma de manifestar su religiosidad, por lo que el actuar del recurrido es ilegal...”, Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 501-2011, considerandos 12, 13, 14 y 15.

corpora en la argumentación —en pocas ocasiones— la jurisprudencia de la Corte IDH,¹³³ siendo aún menor la mención de resoluciones de órganos de protección del sistema de Naciones Unidas.¹³⁴

En este sentido, el paso a la recepción sustantiva de estándares ha estado vinculada a la aplicación de normas consagradas en tratados de derechos humanos y no a otras fuentes de derecho internacional (con excepción de las normas de *ius cogens* en casos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos).

Por otra parte, en el caso chileno, si bien el principio interpretativo pro persona encuentra recepción normativa en la CADH y se puede desprender su consagración constitucional,¹³⁵ los tribunales de justicia en Chile no han utilizado en forma preponderante esta herramienta para incorporar de manera sustantiva el DIDH en el razonamiento judicial.¹³⁶

Pese a ello, otros principios de interpretación en materia de derechos humanos sí han tenido amplia recepción en la jurisprudencia chilena. Así, por ejemplo, el principio del interés superior del niño/a (manifestación

¹³³ Véase a modo de ejemplo, Corte Suprema, rol 3048-2009, rol 29359-2014, rol 3402-2015; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2113-2008, rol 66458-2014, rol 427-2015, rol 2113-2008; Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1745-2012; Corte de Apelaciones de Temuco, rol 46-2008, 454-2012; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 82-2009, y Corte de Apelaciones de Iquique, rol 496-2014.

¹³⁴ Con las excepciones aisladas en la Corte Suprema (rol 1389-2010) y en las Cortes de Apelaciones de Punta Arenas (rol 435-2014), Santiago (rol 10140-2012) y Temuco (rol 8828-2013). Con la excepción de las siguientes sentencias en materia laboral: Corte Suprema, rol 3514-2014; rol 8891-2014 y rol 19354-2014 y las siguientes sentencias en materia de derecho de familia: Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 116-2011 y —de la misma Corte— sentencia rol 28-2012.

¹³⁵ Peña, Marisol, “El principio pro homine o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”, en Nogueira, Humberto (coord.), *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2013, pp. 131-154.

¹³⁶ Los casos donde se utiliza este principio como preferencia interpretativa o preferencia de normas son aislados. Véase, entre otros, Corte Suprema, sentencia rol 3125-2005; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, sentencia rol 507-2015; Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia rol 26-2014; Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia rol 513-2014. Sobre el principio pro persona en la jurisprudencia nacional, véase Núñez, Constanza, *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*, Santiago, Editorial Librotecnia, pp. 242-253, y Aguilar, Gonzalo, “Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 146, 2016.

más específica del principio pro persona aplicado a la niñez) consagrado en la Convención de Derechos del Niño ha sido utilizado para resolver controversias en el ámbito de derecho de familia,¹³⁷ con la finalidad de dar efectividad a los derechos de los niños y niñas.¹³⁸

La incorporación de este principio y de los derechos de los niños/as se realiza mediante la noción de bloque de constitucionalidad, que considera como parte del parámetro de regularidad constitucional a la CDN en virtud del artículo 5o., inc. 2 de la Constitución Política de la República.¹³⁹

2. *Criterios normativos que se desprenden de la experiencia chilena*

De la jurisprudencia chilena analizada, podemos concluir que están presentes los tres criterios normativos que han permitido el paso de una recepción formal a una sustantiva en la experiencia comparada. No hay duda alguna de que el problema del diseño institucional ha generado problemas de interpretación, y, por tanto, se ha avanzado en forma más lenta que en otras latitudes.

¹³⁷ En esta materia se encontraron 299 sentencias que mencionan o incorporan el DIDH en materia de derecho de familia. De estas sentencias, 177 corresponden a sentencias que realizan una aplicación sustantiva del principio del interés superior para resolver controversias, con la finalidad de dar efectividad a los derechos de niños y niñas.

¹³⁸ “Que en este tipo de materias [derecho de familia] debe atenderse al interés superior del niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico nacional, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 16 de la Ley núm. 19.968 y los artículos 3o. y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aún cuando constituya un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consiste en el pleno respecto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales. Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, identificándose de esta manera ‘interés superior’ con los derechos del niño y adolescente y si bien éste se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de tal amplitud que obliga no solo al legislador, sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobremanera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna”, Corte Suprema, rol 2556-2010, considerando 6. En el mismo sentido: Corte Suprema, rol 9536-2012, rol 6553-2005.

¹³⁹ Corte Suprema, rol 3784-2013, rol 6553-2005, rol 28905-2014. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Temuco, rol 57-2010.

En materia de cumplimiento de las obligaciones internacionales, es claro que la Constitución chilena es explícita desde 2005 en la obligatoriedad del cumplimiento de las obligaciones asumidas en sus compromisos internacionales (artículos 5o. inciso 2 y 54.1). La Corte Suprema así lo ha entendido en materia de reparación a víctimas de violaciones a los derechos humanos.¹⁴⁰

En cuanto a la efectividad de los derechos, en los últimos años se ha avanzado en diversas materias (pueblos indígenas, derechos de niños y niñas, derechos laborales, entre otros), que demuestran una mayor preocupación de los tribunales encargados de la protección de los derechos humanos a través de las acciones constitucionales de buscar soluciones hermenéuticas que den efectividad a los derechos.

Finalmente, en materia de coherencia del sistema, se van dando pasos para la utilización de instrumentos hermenéuticos y argumentativos que le den una cierta lógica a un sistema complejo de normas, donde algunas tienen un origen interno y otras uno internacional. A través de

¹⁴⁰ “Que, tratándose de violación a los derechos humanos la fuente de la responsabilidad civil no se encuentra en el Código Civil aplicable a las relaciones entre particulares o de éstos contra el Estado en el plano interno sino en principios y normas del derecho internacional de derechos humanos...”

La importancia de dichas ideas marco de carácter doctrinario radica en que se vinculan precisamente a la naturaleza civil del recurso y valoran la relevancia del tiempo y el tratamiento diferenciado que de él debe hacer el derecho en el ámbito evolutivo de los derechos humanos... Son, por otra parte, reflexiones congruentes con las normas y principios del Derecho Internacional Penal y de Derechos Humanos vigentes que si dejan de aplicarse a casos en que están llamadas a regir se produce su infracción acorde con la citada regla del artículo 5o. de la Constitución Política de la República, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho Internacional, establece que *‘el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’*. Disposición constitucional que coloca a tales derechos sobre la soberanía y el deber del Estado de respetarlos y promoverlos, no solo aquellos establecidos en la Constitución sino que todos los que forman parte del acervo cultural de la humanidad (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de 1980, sesión núm. 203), entre los que también ha de entenderse el de obtener una indemnización íntegra como la reclamada en estos autos.

El derecho de las víctimas y de sus familiares a recibir la reparación compensatoria correspondiente implica la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Chileno, conforme lo dispuesto en el recordado artículo 5o. de la Constitución Política”. Corte Suprema, sentencia de 4 de septiembre de 2013, rol 3841-2012, considerados 3 y 5.

la norma del artículo 5o., inciso 2 constitucional se ha ido avanzando en esta vía.

En cuanto a las vías para ir desarrollando estos criterios, es evidente que la figura del bloque de constitucionalidad en la práctica ha funcionado, aunque sin una referencia explícita al mismo. Lo mismo ha sucedido en materia de interpretación por persona, donde se van utilizando algunos de sus postulados, pero sin una referencia explícita.

VII. CONCLUSIONES

La recepción formal del DIDH en las experiencias constitucionales analizadas ha dado paso a una recepción sustantiva de los estándares internacionales en la jurisprudencia comparada.

Pese a que los modelos de recepción constitucional del DIDH difieren en nuestra región, existiendo sistemas con cláusulas interpretativas, otros con cláusulas de apertura o normas de reenvío, esto no ha sido obstáculo para una recepción sustantiva del DIDH que ha tenido tres objetivos principales: cumplimiento de obligaciones internacionales, dar efectividad a la protección de los derechos y coherencia a un ordenamiento jurídico compuesto por fuentes de origen nacional e internacional.

Transitar esta senda no ha sido fácil para la magistratura constitucional. En particular, el enfrentarse a un cuerpo normativo ampliado y que en el ámbito internacional impone obligaciones de respeto y garantía a los derechos humanos ha generado dificultades tales como la resolución de colisiones normativas o interpretativas. En este sentido, una herramienta común para la solución de estos conflictos en toda la región ha sido la utilización de la noción de bloque de constitucionalidad (que obliga a posicionar a las normas en un plano de igualdad) y el principio pro persona, que permite solucionar los conflictos de normas o interpretativos.

En el caso de Chile, el camino ha sido similar. Si bien el modelo constitucional de recepción formal ha dificultado avanzar hacia una recepción sustantiva de los estándares internacionales, progresivamente se ha ido aplicando la normativa internacional para cumplir con las obligaciones del Estado (casos de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos), dando efectividad a la protección de los derechos (casos de grupos en situación de discriminación) y coherencia al ordenamiento jurídico

interno (casos en materia penal). Aún está pendiente el desafío de incorporar plenamente herramientas de interpretación propias del sistema de derechos humanos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. *et al.*, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- ABREGU, M. y COURTIS, C. (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- ACNUDH y SCJN, *Tendencias de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad*, México, 2012.
- ALDUNATE, Eduardo, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Ius et Praxis*, año 16, núm. 2, 2010.
- AGUILAR, Gonzalo, “Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 146, 2016.
- ARMIJO, Gilbert, “La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional. ¿Mito o realidad?”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, núm. 3, 2011, en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2011/pr/pr17.pdf>, visitada en marzo de 2016.
- BENADAVA, Santiago, “Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos”, en LEÓN, Avelino (coord.), *Nuevos desafíos del derecho internacional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- BREGAGLIO, Renata, “La protección multinivel de derechos humanos en el Perú”, *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2013.
- BAZAN, Iván, “Aplicación del derecho internacional en la judicialización de violaciones de derechos humanos”, *Para hacer justicia. Reflexiones en tor-*

- no a la judicialización de casos de violaciones de derechos humanos*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2004.
- BAZÁN, Víctor, “El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina”, *Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 2, 2010.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La aplicación judicial de los derechos humanos de fuente internacional (algunos de sus problemas, retos y propuestas de solución)”, en CARBONELL, Miguel *et al.* (comps.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos*, t. V, vol. 1, UNAM, México, 2015. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3960/16.pdf>, artículo visitado en marzo 2016.
- CABALLERO, José Luis, *La interpretación conforme: el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- CASTILLA, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, 2009.
- CARBONELL, Miguel, “Derechos humanos en la Constitución mexicana”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (eds.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional y latinoamericana*, México, Konrad Adenauer Stiftung-Suprema Corte de Justicia de México-UNAM, 2013.
- CARPIZO, Jorge, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012.
- CASTAÑEDA, Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*, México, CNDH, 2015.
- CARPIO, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2004.
- CDH, “caso Radilla Pacheco vs. México”, *Edición especial boletín de jurisprudencia de la Corte IDH*, Santiago, 2013.
- CORTE IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia: control de convencionalidad*, San José, 2015.
- y MINISTERIO FISCAL, *Diálogos: el impacto del sistema interamericano de derechos humanos en el ordenamiento interno de los Estados*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, “La reforma al artículo 5o. de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, vol. 16, núm. 3, 1989.
- FRANCO, Leonardo, “Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino”, *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- GARCÍA, Angie y RAMÍREZ, Laura, “La supremacía constitucional como disyuntiva para aplicación del control de convencionalidad en Colombia”, *Univ. Estud.*, Bogotá, núm. 11, enero-diciembre 2014, <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4335815/4+LA+SUPREMACIA+CONSTITUCIONAL.pdf/a1af0b90-148a-4fb5-ac18-4eb6888e7>, visitado en marzo 2016.
- GARCÍA, Ana María, “Tratados internacionales según la reforma del 2005”, *Revista de Derecho Público*, Santiago, núm. 68, 2006.
- GARCÍA, Leonardo, “De la constitucionalización a la convencionalización del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*”, *Derecho del Estado*, núm. 36, 2016.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Relación entre la jurisdicción interamericana y los estados (sistemas nacionales): algunas cuestiones relevantes”, *El futuro del sistema interamericano de los derechos humanos*, documento de trabajo, núm. 3, The Center for Civil & Human Rights. University of Notre Dame, mayo de 2014.
- GARCÍA-SAYÁN, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte IDH, 2005.
- HESSE, K., “El significado de los derechos fundamentales”, en BENDA, E. et al., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Evap-Marcial Pons, 1996.
- HENRÍQUEZ, Miriam, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos. Análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008.
- LANDA, César, “Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución de Perú de 1993”, *Revista Jurídica del Perú*, Lima, año XLVIII, núm. 16, 1998.

- , “La aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- MANZI, Adrian, “La jurisprudencia de derechos humanos en la argentina”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. especial: América Latina, 2012. http://dx.doi.org/10.5209/rev_NOMA.2012.41780, visitada en marzo de 2016.
- MORESO, Juan, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, año I, núm. 1, 2000.
- , “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en BETEGON, J. et al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- NASH, Claudio, “La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: La experiencia chilena”, en GÓMEZ ZULUAGA, Alberto León et al., *La aplicación judicial de los tratados internacionales*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2006.
- , *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales*, México, Fontamara, 2010.
- , *Derecho internacional de los derechos humanos: recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2012.
- , “El bloque de constitucionalidad y su recepción en la jurisprudencia: tendencias en Latinoamérica”, *Control de convencionalidad: de la dogmática a la implementación*, México, Porrúa, 2013.
- NOGUEIRA, Humberto, *El principio pro homine o favor persona en el derecho internacional y el derecho interno como regla de interpretación y regla de preferencia normativa*, http://cmjusticiaconstitucional.com/wp-content/uploads/2015/08/Principio-favor-persona-o-pro-homine-2015_-13-agosto-2015.-Humberto-Nogueira-Alcala-.pdf, consultado en marzo de 2016.
- , “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Universidad Católica de Chile, vol. 23, núm. 2, 1996.
- , “Reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 5, núm. 1, 2007.

- , “Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional periodo 2006-2011”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 10, núm. 2, 2012.
- , “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 13, núm. 2, 2015.
- NÚÑEZ, Constanza y NASH, Claudio, *La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, México, IIDH-UBIJUS, 2015.
- , *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*, Santiago, Librotecnia, 2015.
- OROZCO, Víctor, “El valor normativo de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en el sistema de justicia constitucional costarricense. El caso particular de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Judicial*, Costa Rica, núm. 113, septiembre de 2014.
- ORDÓÑEZ, Aylín, *Régimen constitucional de los tratados internacionales en Centroamérica*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010.
- OSUNA, Néstor, “Los primeros diez años de la Corte Constitucional colombiana. Tribunales y justicia constitucional”, en VEGA, J. y CORZO, E. (eds.), *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , *Constituciones iberoamericanas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- PAGLIARI, Arturo, “Derecho internacional y derecho interno. El sistema constitucional argentino”, *Ars Boni et Aequi*, vol. 7, núm. 2, 2011.
- PEÑA, Marisol, “El principio *pro homine* o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”, en NOGUEIRA, Humberto (coord.), *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Santiago, Librotecnia, 2013.
- PIZA, R., *La justicia constitucional en Costa Rica*, edición actualizada y preparada por Piza Rocafort, R. y Corboba, J., San José, Investigaciones Jurídicas, 2004.
- PFEFFER, Emilio, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, *Ius et Praxis*, año 9, núm. 1, 2003.

- PRADA, María Angélica, “La integración del derecho internacional en el sistema colombiano”, *Protección multinivel de derechos humanos. Manual*, Madrid, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.
- POU, Francisca, “Recepción jurisprudencial del DIDH en la SCJN”, ponencia presentada en la Universidad de Chile, en el marco del seminario “Recepción jurisprudencial del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno: experiencias comparadas”, Santiago de Chile, 3 de diciembre de 2015.
- SALAZAR, Pedro y CARBONELL, Miguel (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- QUINCHE, Manuel Fernando, “El control de convencionalidad. Como control normativo y no como control simplemente erudito o formal”, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Legis, 2014.
- REY, Fernando, “El derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurídico colombiano. Logros y dilemas en su aplicación”, ponencia presentada en la Universidad de Chile, en el marco del seminario “Recepción jurisprudencial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno: experiencias comparadas”, Santiago de Chile, 3 de diciembre de 2015.
- RISSO, Martín, “Interrelación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 16, 2012.
- RODRÍGUEZ, Gabriela, “Artículo 29. Normas de interpretación”, en STEINER, Christina y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios*, <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/ConvencionAmericanaSobreDerechos20141209.pdf>, visitado en marzo de 2016.
- RODRÍGUEZ, Graciela *et al.*, *Bloque de constitucionalidad en México*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013.
- RUIZ MIGUEL, A., *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2002.
- UPRIMNY, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006.

———, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en RODRÍGUEZ, César, *El derecho en América Latina*, Siglo XXI, 2011.