

EL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS EN CHILE, EL PARÁMETRO DE CONTROL Y CONSIDERACIONES COMPARATIVAS CON COLOMBIA Y MÉXICO: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA*

THE CONSTITUTIONAL BLOC'S RIGHTS IN CHILE,
THE PARAMETER CONTROL AND COMPARATIVE CONSIDERATIONS WITH
COLOMBIA AND MEXICO: DOCTRINE AND JURISPRUDENCE

HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ¹

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Talca
nogueira@utalca.cl

RESUMEN: El artículo analiza la doctrina del bloque constitucional de derechos fundamentales en Chile, precisando su fundamento, contenido y fuerza normativa, como su práctica jurisprudencial, realizando una información comparativa con Colombia y México.

ABSTRACT: The article analyzes the doctrine of constitutional block of fundamental rights in Chile, pointing out their rationale, content and normative force, as its judicial practice, performing a comparative information with Colombia and Mexico.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales; bloque constitucional de derechos fundamentales; parámetro de control de constitucionalidad.

KEY WORDS: Fundamental Rights; the constitutional bloc's rights; the parameter control of constitutionality.

* Artículo presentado el 19 de enero de 2015 y aprobado el 6 de mayo de 2015. Este artículo forma parte del Proyecto de Investigación conjunto con la Universidad de Santa Cruz Do Sul de Brasil “Recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su utilización como parámetro de control jurisdiccional de políticas públicas por los tribunales constitucionales de Brasil y Chile, rumbo a un Observatorio de Jurisdicción Constitucional Latinoamericana”. Investigadora responsable en Brasil, Monia Clarissa Hennig. Coordinadora Adjunta Programa de Post Graduación en Derecho (Maestría y Doctorado). EDITAL Fapergs/ Capes 12/2013. Ejecución marzo 2014-marzo 2015.

¹ El autor es Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca, Chile. Director Centro de Estudios Constitucionales de Chile y Director del Doctorado en Derecho, Universidad de Talca. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro del Consejo Directivo de la Academia Judicial de Chile.

INTRODUCCIÓN

Establecer una doctrina del *Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales* en Chile implica precisar su fundamento y contenido, su fuerza normativa, su efecto irradiante sobre todo el ordenamiento jurídico y sus fuentes. Este es el desafío que busca afrontar este artículo en el ámbito de doctrina constitucional chilena, en una perspectiva sintética, dado el carácter limitado de un artículo en una revista jurídica especializada. Asimismo, el artículo contempla un análisis de información comparativa con los casos de Colombia, con una larga tradición jurídica y desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la materia a partir de la Constitución de 1991, y el caso de México, que concreta dicho bloque y parámetro a partir de una decisión constituyente, luego de la condena en diversos casos en materia de derechos humanos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que trajo consigo la reforma constitucional de 2011 y su implementación jurisprudencial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

1. FUNDAMENTO, CONCEPTUALIZACIÓN
Y FUENTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. La dignidad humana como fundamento de los derechos

El determinar qué derechos tienen el carácter de “*fundamentales*” y cuál es su fundamento es un paso previo a determinar el concepto de “*bloque constitucional de derechos fundamentales*”, siendo necesario abordarlo en este artículo. Ello exige partir del dato constitucional positivo y de los instrumentos del derecho internacional vinculante para el Estado chileno.

Ello nos lleva a la afirmación de la *dignidad humana* como la cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, siendo esta dignidad un dato antropológico y ontológico asumido y garantizado como integrante e irrenunciable de la condición humana por parte de nuestra Constitución y del ordenamiento básico de la convivencia internacional a través del derecho internacional vigente. Es esta dignidad humana la que es asegurada en sus atributos por los derechos fundamentales y la que debe ser asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el ordenamiento jurídico; ella

no desaparece por más baja y vil que sea la persona en su conducta y sus actos². Dicha perspectiva es la que se encuentra precisada en nuestro artículo 1º inciso 1º de la Constitución chilena: “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”; como asimismo, en el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”.

Concordamos con Ingo Wolfgang Sarlet, quien sostiene que *la dignidad de la persona humana* es una cualidad intrínseca y distintiva reconocida a todo individuo que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona tanto contra todo y cualquier acto de cuño degradante o deshumanizado, como velan por garantizar las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos, mediante el debido respeto a los demás seres que integran la red de la vida³.

En la misma perspectiva, encontramos a Peter Häberle, quien señala que la dignidad de la persona humana consiste en el “*valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana*”⁴.

La noción de dignidad humana es producto del reconocimiento de la *unicidad de cada individuo humano* como señala Sarlet y del hecho de que ella es creadora de un *deber de igual respeto y protección en el ámbito de la sociedad*⁵.

Los ámbitos de la dignidad humana que deben asumirse aplicando la pauta normativa de nuestro artículo 1º, inciso 1º, de la Carta Fundamental chilena, son las *dimensiones ontológicas* dadas por la racionalidad y libertad del ser humano (autodeterminación consciente y responsable de su propia vida), como asimismo la *de carácter ético o deontológico* constituidas por la autonomía y fin en sí mismo, no siendo la persona un medio o instrumento de nadie, de allí que la Constitución en su artículo 1º, inciso 4º, dispone que “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe*

² GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1986), p. 25.

³ SARLET, Ingo (2009), p. 67. Traducción libre del autor.

⁴ HÄBERLE, Peter (2005), p. 104.

⁵ SARLET, Ingo (2005), p. 26.

contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

La dignidad humana constituye así el mínimo invulnerable del ser humano que el ordenamiento jurídico debe asegurar respecto de cada uno y todos los derechos fundamentales, los cuales tienen en ella su fundamento y base sustantiva, en la medida que todos ellos contribuyen a desarrollar ámbitos propios de la dignidad humana.

La dignidad de la persona se constituye así en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional en virtud del artículo 1º, incisos 1º y 4º de la Constitución y de los preámbulos de los tratados o convenciones de derechos humanos que el Estado ha hecho suyos, mediante la respectiva ratificación, los que determinan a la dignidad humana como la fuente sustantiva de todos los derechos fundamentales, irradiando con ello todo el sistema jurídico, el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma, lo cual ha sido asumido jurisprudencialmente tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema.

La Constitución se compromete con la dignidad de la persona humana y establece una premisa antropológica-cultural que incorpora como regla jurídica.

Dicha perspectiva es asumida también por todos los instrumentos fundamentales que asegurarán y garantizarán derechos humanos en el ámbito mundial y regional⁶. El artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, determina que *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en su preámbulo afirma que *“el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”*. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su preámbulo, reconoce que *“los derechos esenciales del hombre no nacen del derecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza internacional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”*. En el mismo sentido

⁶ Ver MAURER, B. (1999); BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.) (2010).

se expresan la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, la que explicita en su preámbulo “*Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”, lo que constituye base de los derechos que asegura. Asimismo, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, de 1984, precisa en el preámbulo el “*reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres*”.

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

*“Vigesimotercero. Que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia; [...]”*⁷.

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

El respeto y protección de la dignidad del ser humano y los derechos esenciales que de ella derivan, como lo determina expresamente la primera frase del inciso 2º del artículo 5º de la Carta Fundamental, limitan el ejercicio de la potestad constituyente derivada o instituida y la potestad de los órganos instituidos por dicho texto constitucional, en efecto, ellos ejercen la soberanía, dicho ejercicio “*reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”.

El mismo Tribunal Constitucional ha señalado que:

“[...] como ya se ha señalado, el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso segundo, de la misma, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, de 26 de junio de 2008, Rol N° 976, considerando vigesimotercero.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, 26 de junio de 2008, Rol N° 976, considerando 35.

a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado; Que estos principios y valores, como ya se recordó —y lo hace manifiesto el inciso segundo del artículo 6º de la Constitución, que precisa que sus preceptos obligan no solo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo—, no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución; Que, por lo recién expresado, debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema”⁹.

1.2. Los derechos fundamentales, conceptualización y caracterización en la doctrina, la Constitución y la jurisprudencia

El conjunto de derechos que emanan como atributos de la dignidad humana se caracterizan por su funcionalidad, conformando una unidad jurídica; un bloque unificado de derechos fundamentales con independencia de la fuente formal que inicialmente los asegura y garantiza, sea esta la Constitución, el derecho internacional convencional ratificado y vigente o los principios de *ius cogens*.

En tal perspectiva, podemos conceptualizar los derechos fundamentales como el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos —considerados tanto en su aspecto individual como comunitario—, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos¹⁰.

Dicha perspectiva se encuentra en el enfoque que la mayoría de las constituciones latinoamericanas han incorporado al texto constitucional, las cuales consideran, además de los derechos directamente asegurados en la constitución formal, la remisión a los derechos asegurados por el derecho convencional internacional

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 943-07, de fecha diez de junio de 2008, considerandos 30 al 32.

¹⁰ NOGUEIRA, Humberto (2010), p. 23.

ratificado, como las constituciones de Argentina¹¹, Bolivia¹², Brasil¹³, Colombia¹⁴, Costa Rica¹⁵, Ecuador¹⁶, Guatemala¹⁷, México¹⁸, Nicaragua¹⁹, República Dominicana²⁰, Venezuela²¹, para solo señalar algunas de ellas.

Dicha concepción se incorporó tempranamente en la realidad constitucional latinoamericana en la Constitución chilena, en su reforma de 1989, bajo la presión de la disidencia democrática en el proceso transicional del régimen autoritario a la democracia, que agregó al inciso segundo del artículo 5º una oración final, la cual determina que “*Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”, lo que permitió incorporar a la Carta Fundamental material el conjunto de atributos y garantías de los derechos asegurados y garantizados como atributos esenciales que emanan de la dignidad humana asegurados en tratados internacionales ratificados y vigentes.

Estos derechos se caracterizan por su “*fundamentalidad*”, en la medida que constituyen, atributos fundados y derivados de la dignidad humana, los cuales constituyen como lo explicita la Constitución chilena en la frase inicial del artículo 5º inciso 2º, *una limitación al ejercicio de la soberanía*, vale decir, del poder público del Estado, de sus órganos constituidos y de sus agentes de ejercicio.

En una perspectiva de filosofía jurídica, tal limitación constituye, al decir de Luigi Ferrajoli, *la esfera de lo indescible*²² o, según expresiones de Garzón Valdés²³ y de Carlos Santiago Nino²⁴, *el coto vedado*, o de Norberto Bobbio y Michelangelo

¹¹ Reforma constitucional de 1994, art. 75, inciso 22.

¹² Constitución de 2009, arts. 13.IV y 410.II

¹³ Reforma Constitucional de 2005, art. 5º.

¹⁴ Constitución de 1991, art. 93.

¹⁵ Reforma Constitucional de Costa Rica del año 2000, art. 48.

¹⁶ Constitución de 2008, arts. 10, 11, 41 y 57.

¹⁷ Constitución de Guatemala, art. 46.

¹⁸ Reforma constitucional de 2011, art. 1º.

¹⁹ Constitución de Nicaragua, art. 46.

²⁰ Constitución de República Dominicana de 2011, arts. 38 y 74.

²¹ Constitución de Venezuela de 1999, arts. 19, 22 y 23.

²² FERRAJOLI, Luigi (2008).

²³ GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2006).

²⁴ NINO, Carlos Santiago (1989).

Bobero de *territorio inviolable*, estableciendo la obligación jurídica de los poderes instituidos de abstenerse de generar disposiciones y conductas que obstaculicen el goce efectivo de los atributos y garantías que integran tales derechos.

Tal perspectiva ha sido asumida como obligatoria para los Estados Partes del sistema interamericano conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido considerado por la propia Carta Democrática Interamericana: La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinado por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”²⁵.

En nuestro Derecho nacional, la Corte Suprema, aplicando e interpretando la primera frase del inciso segundo del artículo 5º de la Constitución, en sentencia de 1998, ya había determinado:

“Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2066, considerando 4º)”²⁶.

En otra sentencia de diciembre de 2006, la Corte Suprema recordó:

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

²⁵ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, párrafo 239.

²⁶ Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 469-98, de fecha 9 de septiembre de 1998, citado por CEA EGAÑA, José Luis (2002), p. 236.

*5º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, 'valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos' (S.C.S. 30.1.2006)*²⁷.

A su vez, el Tribunal Constitucional ha establecido como aplicación de las bases fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, especialmente del artículo 5º, inciso 2º,

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

Agregando que

*"[...] estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu de las disposiciones de la Constitución"*²⁸.

La misma obligación jurídica que precisa el artículo 5º inciso 2º de la Constitución se complementa con aquella que emana del *corpus iuris* interamericano vinculante para nuestros estados y todos sus órganos en virtud de la CADH para quienes somos estados partes de ella, especialmente las obligaciones generales emanadas de los artículos 1º y 2º de ella, de respeto, garantía y obligación jurídica de adecuación del ordenamiento jurídico nacional y las actuaciones de los órganos y agentes estatales a los estándares mínimos de derechos asegurados y garantizados por ella, ratificado ello por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto intérprete auténtico y final del *corpus iuris* interamericano, dimensión que no puede ser desconocida por los estados partes como lo especifica con radicalidad la resolución de supervisión del fallo *Gelman v/s Uruguay*²⁹.

Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 2492-13 de 17 de junio de 2014, en sus considerandos 17 y 20, el cual asume en el considerando 17 que se han establecido:

²⁷ Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 559-04, de fecha 13 de diciembre de 2006, considerando 22.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 943-07-INA, de 10 de junio de 2008, considerando 16.

²⁹ Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

“[...] nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo a esta jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile”.

En el considerando 20 de la sentencia considerada, el Tribunal Constitucional asume los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte IDH:

“Derecho a ser juzgado por tribunales ordinarios como punto de partida, pudiendo existir una jurisdicción militar restrictiva y excepcional, encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, las cuales son válidas para militares, en el caso de conductas delictivas típicas del ámbito militar y que lesionen bienes jurídicos militares gravemente atacados”.

2. LA CONCEPCIÓN, FUNDAMENTO, FUERZA NORMATIVA Y CONTENIDO DEL *BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS*

El bloque constitucional de derechos en Chile y América Latina no es equivalente al bloque de constitucionalidad desarrollado en Europa, inicialmente en Francia como *“Bloc de constitutionalité”*, o al *bloque de constitucionalidad* español³⁰, ni tampoco con el *bloque constitucional* italiano. El primero, el bloque constitucional francés, ha ido evolucionando y actualmente se refiere a la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al preámbulo de la Constitución francesa de 1946 y a las leyes fundamentales de la República portadoras de principios y derechos. El segundo, el bloque español constituye una creación pretoriana del Tribunal Constitucional español, como es la sentencia 10/82, caracterizado por un contenido abierto e impreciso, siendo en una de sus versiones el conjunto de normas que posibilitan la delimitación competencial entre el Estado y las comunidades autónomas, siendo el parámetro para enjuiciar las normas que desarrollan competencias y que permiten enjuiciar su constitucionalidad, lo que posibilita determinar la Constitución territorial del Estado español, el que nada tiene que ver con la norma del art. 10.2 de la Constitución referente a la interpretación de derechos fundamentales. El tercero, el bloque italiano (*blocco di costituzionalità*), ha operado a través del concepto de norma interpuesta, el que permite una conformación del parámetro de constitucionalidad por normas formalmente constitucionales y que se complementa con normas interpuestas de distintos

³⁰ FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco y PÉREZ ROYO, Francisco Javier (1991).

órdenes normativos a las cuales por reenvío se les otorga protección o cobertura constitucional, el cual se ha ido ampliando, especialmente con la reforma constitucional de 2001 al artículo 117 de la Constitución, asumiendo que las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos conforman parte del parámetro constitucional de validez de las normas legales italianas, sin que adquieran fuerza normativa constitucional. Como señalan Zagrebelsky y Marcenó³¹, la violación de la Constitución italiana se produce por la vulneración de sus enunciados normativos formalmente constitucionales y por normas que no son formalmente Constitución pero que esta protege.

Consideramos un error confundir el concepto de bloque de constitucionalidad en la perspectiva francesa o española con la concepción de bloque constitucional de derechos fundamentales que hemos desarrollado en la doctrina chilena y a la que el Tribunal Constitucional chileno hace referencia en la sentencia citada de 2014. La confusión de ambos conceptos se encuentra en Chile en los trabajos de los profesores Francisco Zúñiga Urbina³² y Marisol Peña Torres³³, los cuales en su análisis crítico del concepto de *bloque constitucional de derechos* olvidan que el concepto es bloque constitucional *de derechos* y no de *normas sobre derechos*, asumiendo una *concepción formal de fuentes del derecho*.

2.1. La concepción, fundamento y fuerza normativa del bloque constitucional de derechos

La concepción de bloque constitucional de derechos, que se denomina *bloque de constitucionalidad* en Colombia o *bloque de regularidad constitucional* en México y que preferimos denominar *bloque constitucional de derechos fundamentales*, por ser un concepto más preciso y con un sentido unívoco, tiene como elementos integrantes en América Latina solo enunciados materialmente constitucionales referentes a la *Constitución de los derechos*, vale decir, *solo y únicamente a atributos y garantías de los derechos fundamentales*. Tales derechos se encuentran asegurados por diversas fuentes: la Constitución y el derecho internacional, ya sea por incorporación formal a la Constitución de normas de principios generales del derecho internacional o tratados internacionales o por el hecho de integrar la Constitución material en virtud de normas de reenvío que la propia Carta Fundamental

³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÓ, Valeria (2012), p. 237.

³² ZÚÑIGA, Francisco (2008), pp. 826-827.

³³ PEÑA, Marisol (2012), pp. 591-613.

determina y que reconducen al derecho internacional que contienen atributos y garantías de derechos esenciales o fundamentales.

Este *bloque constitucional de derechos* tampoco puede asimilarse a determinadas interpretaciones que se traspasan al derecho constitucional nacional como paradigmas mentales que la Constitución no contempla y que se extraen de otros ordenamientos jurídicos como el español, refiriéndonos fundamentalmente al artículo 10.2 de la Constitución española, el cual determina que “*las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, disposición constitucional que opera como puente para asimilar atributos de derechos fundamentales contenidos en el derecho convencional internacional pero *solo respecto de aquellos que la propia Carta Fundamental española reconoce expresamente* como derechos fundamentales en el texto formal. Esta disposición, con la redacción limitadora que contiene, no existe en el Derecho Constitucional chileno, pero paradigmáticamente algunos operadores jurisdiccionales la hacen suya y mentalmente la traspasan al Derecho chileno, limitando artificialmente el potencial del bloque constitucional de derechos en nuestro constitucionalismo nacional.

El *bloque constitucional de derechos fundamentales* en Chile está constituido por los *atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales*, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al Derecho Internacional convencional, constituyendo así un *bloque de derechos* que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributos que emanan de la dignidad humana, como lo determinan tanto el propio texto fundamental como las fuentes del derecho internacional, principalmente las fuentes convencionales de este último. Basta en este sentido tener presente la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente en estos dos últimos su preámbulo.

El *bloque constitucional de derechos fundamentales*, en virtud de su unidad de naturaleza de constituir atributos y garantías que concretan derechos y tienen su fundamento en la dignidad humana reconocida constitucionalmente, constituye un *bloque unificado sustantivo o material de atributos y garantías de los derechos*, al cual la misma Carta Fundamental le reconoce una *fuerza normativa superior*, permitiendo que este bloque constituya una *limitación para el ejercicio de la soberanía y de las competencias de los órganos constituidos del poder público estatal*, como lo

determina expresamente la Constitución en su artículo 5° inciso 2°, debiendo todas las normas internas del Estado y todos los actos de sus órganos y autoridades estatales conformarse materialmente a los contenidos sustanciales de dicho bloque de derechos.

La noción de *bloque constitucional de derechos* posibilita asumir el hecho de que la “*Constitución de los derechos*” es mucho más amplia que el texto constitucional formal, puesto que existen otros atributos y garantías de derechos fundamentales que no se encuentran en el texto formal de ella, pero que ella reconoce en su calidad de tales y los inserta como constitución material al remitir a los atributos y garantías de ellos asegurados por disposiciones que se encuentran contenidas en instrumentos que forman parte del derecho convencional internacional, como también lo determina y precisa en una perspectiva similar la Corte Constitucional de Colombia³⁴.

El *bloque constitucional de derechos fundamentales* en Chile está así integrado por derechos asegurados directamente por disposiciones de la Constitución formal y por los atributos y garantías de derechos asegurados por normas de derecho internacional, los que se asumen como constitución material, ya que constituyen una sola unidad o bloque que obtienen su calidad de “fundamentalidad” de su derivación como atributos de la dignidad de la persona humana, teniendo todos ellos la aptitud y fuerza normativa para irradiar y orientar la totalidad del sistema jurídico nacional.

La norma constitucional del artículo 5° inciso 2° actúa como *cláusula constitucional de inclusión*, la que autoriza la conformación de la unidad entre el propio texto formal de la Constitución en materia de derechos fundamentales y los *atributos y garantías de los derechos que se aseguran* por el derecho convencional y el derecho consuetudinario internacional, como asimismo por las normas imperativas de *ius cogens*, cualquiera sea la fuente convencional o consuetudinaria en que estas últimas estén contenidas. Este bloque se integra, también, por los derechos implícitos o no enumerados, los cuales son explicitados por vía jurisprudencial, como ha ocurrido en el caso chileno, como en general en el derecho comparado europeo y latinoamericano.

La Constitución, en esta nueva perspectiva, es una Carta Fundamental abierta al derecho internacional, no herméticamente cerrada sobre sí misma, como establecía el viejo y sobrepasado paradigma constitucional vigente hasta la primera mitad del siglo XX.

³⁴ Corte de Constitucionalidad, sentencia C-028, de 26 de enero de 2006. Expediente: D-5768. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Citado en LONDOÑO, César (2010), nota 35, p. 40.

El bloque constitucional de derechos expresa también una regla de *reconocimiento y reestructuración del sistema de fuentes* que permite identificar derechos fundamentales. Estas fuentes son las mismas disposiciones constitucionales que directamente aseguran derechos y que establecen su respeto, garantía y promoción, como *asimismo la norma de reenvío del artículo 5º inciso 2º de la Constitución que reviste de constitucionalidad a los atributos y garantías de los derechos asegurados por las fuentes del derecho internacional válidamente incorporados al derecho interno*, conformándose así un *bloque unitario y sistemático de carácter permanente*, con un mismo *fundamento y con una misma fuerza normativa*, constituyéndose en *fuentes supremas* del ordenamiento jurídico nacional. Dicho bloque de derechos se constituye en el *núcleo sustantivo esencial o básico de la Constitución* sin que *ninguno de los derechos que lo integran tengan preferencia formal unos sobre otros*, y donde las tensiones entre ellos se resuelven no en base al tradicional principio de jerarquía sino en virtud del *“principio pro homine” o “favor persona”*.

Dicho *principio favor persona* o *pro homine* tiene su fundamento en el artículo 1º, incisos primero y cuarto, de nuestra Constitución, como, asimismo, de la norma de reenvío del artículo 5º inciso 2º al derecho internacional convencional que contenga derechos esenciales y sus garantías, dentro de los cuales se encuentran las principales convenciones y tratados de derechos humanos, los cuales contienen el principio favor persona, como es el caso del artículo 5º del PIDCP de Naciones Unidas y el artículo 29, literal b, de la CADH, para solo señalar algunos de dichos tratados.

Es necesario explicitar que *forman parte de este bloque también las hipótesis de limitación, de suspensión o de protección de derechos contenidas en algunas fuentes de derecho internacional convencional*, las que sirven de pauta de control de los estándares mínimos que deben ser asegurados por el derecho interno conforme al *principio favor persona*.

Así el bloque constitucional de derechos fundamentales no solo implica un refuerzo de los derechos subjetivos de las personas, sino también fortalece la función jurídico-positiva objetiva de los derechos en el orden constitucional.

Dicho bloque obliga no solo al productor del derecho positivo interno sino también a los actores jurisdiccionales que lo interpretan y aplican, los cuales deben operar conforme al mismo³⁵.

³⁵ TORRES, Flor Alba y TORO, Óscar Augusto (2010), p. 27.

Este bloque actúa complementando los atributos y garantías de derechos fundamentales formal y positivamente asegurados en la Constitución, con los atributos y garantías de derechos contenidas como estándares mínimos de derechos en el ámbito internacional, posibilitando ampliar los atributos o garantías de derechos fundamentales que están expresamente contenidos en el derecho positivo constitucional chileno cuando se encuentran por debajo del estándar mínimo internacional vinculante; permite entender incorporados y protegidos los atributos y garantías de derechos fundamentales provenientes de fuente internacional en virtud de su *común naturaleza de atributos derivados de la dignidad humana que no se encuentran formal y positivamente asegurados por el texto constitucional formal*; ellos fijan márgenes y orientan a los órganos internos encargados de la producción normativa; fijan marcos a las políticas públicas que deben generar y concretar las autoridades gubernamentales; otorgan legitimidad, validez y eficacia sustancial a las normas internas de carácter primario o secundario de nuestro ordenamiento jurídico.

2.2. El contenido del bloque constitucional de derechos

El bloque constitucional de derechos en Chile consideramos que está integrado por el conjunto de atributos y garantías de los derechos asegurados:

- a) Directamente por la Constitución;
- b) Por el derecho convencional internacional ratificado y vigente;
- c) Por el derecho consuetudinario internacional;
- d) Por los principios de *ius cogens*;
- e) Por vía jurisprudencial que asegura derechos implícitos o no enumerados.

Obviamente, no es necesario abundar en la fuerza normativa de los derechos asegurados en el propio texto constitucional, los cuales, fuera de ser derechos subjetivos, son también componentes objetivos del orden constitucional.

2.2.1. La integración del bloque de derechos con los atributos y garantías de los derechos asegurados por tratados ratificados y vigentes a que reenvía el artículo 5º de la Constitución en su inciso 2º

Respecto de los atributos de los derechos y sus garantías contenidos en el derecho convencional internacional ratificado y vigente, estos son constitución material en virtud de la norma atributiva de fuerza normativa de reenvío del artículo 5º inciso segundo de la Constitución, constituyendo también limitaciones a la soberanía o potestad estatal.

En tal perspectiva se ha pronunciado claramente la Corte Suprema de Justicia: En sentencia de la Corte Suprema Rol N° 3452-2006, precisa:

“[...] 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 solo deriva del mencionado artículo 5º, sino también del artículo inciso primero y cuarto, del artículo 19 N° 26 de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales [...]”³⁶.

En otra sentencia Rol N° 4183-06, de dieciocho de abril de 2007, la Corte Suprema, reitera la misma perspectiva, señalando:

*“Décimo: Que, a lo anterior, y conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5º de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala [...]; el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, [...]; el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: ‘[...]’; de todo lo anterior, se puede sostener que se trata de un derecho fundamental, como gozar de la defensa técnica que lleva a cabo el abogado defensor, y que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la eventual falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe, por ello en interés de la transparencia del proceso penal, y para el hallazgo de la verdad, constituye un requisito procesal esencial de todo juicio”*³⁷.

El Tribunal Constitucional, entre otras sentencias, como en la identificada con el Rol N° 1340-2009, protege *el derecho a la identidad*, no asegurado por el texto constitucional formal, determinando:

“[...] que aun cuando la Constitución chilena no reconozca en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y

³⁶ Caso “Ricardo Troncoso Muñoz y otros” (2007), considerando 66º.

³⁷ Caso Ricardo Troncoso Muñoz y otros” (2007), considerando 10º.

*porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país*³⁸.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 2014³⁹, en el considerando 7° de ella, asume los atributos de los derechos asegurados por el *corpus iuris* interamericano, ya sea en su aplicación directa como “*fundante del bloque constitucional de derechos*” o como “*elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos que reconoce la Constitución*” [...].

Precisando:

“Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política”.

El respeto, aseguramiento y promoción de los atributos y garantías de los derechos precisados en el derecho internacional convencional ratificado, a su vez, lleva a la obligación jurídica de los órganos estatales nacionales a concretar el control de convencional⁴⁰, derivado de las obligaciones contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el estándar mínimo previsto en el *corpus iuris* interamericano.

Dejemos señalado al respecto, brevemente, ya que no es esta la materia central de este artículo, que el control de convencionalidad emana de las obligaciones asumidas por el Estado chileno respecto de la CADH, respecto de las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos asegurados por ella (art. 1°), el deber de adecuar el ordenamiento jurídico interno y las actuaciones de sus autoridades y funcionarios a las obligaciones convencionales (art. 2°); el de interpretar los derechos conforme a las reglas del artículo 29; el reconocer a la Corte Interamericana como intérprete auténtico y final de la Convención (art. 62.3), complementado por el reconocimiento expreso de dicha obligación en el decreto N° 873 de 5 de enero de 1991, en que se “*reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de*

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1340-2009, de 29 de septiembre de 2009, considerando 9°.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2493-13-INA, de 6 de mayo de 2014, considerando 7°.

⁴⁰ Sobre la materia ver ALBANESE, Susana. Coord. (2008). FERRER, Eduardo. Coordinador (2014). HITTERS, Juan Carlos (2009), pp. 109-128. NOGUEIRA, Humberto (2013a). SAGÜES, Néstor Pedro (2010), pp. 117-136.

los casos relativos a la interpretación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62”; como asimismo el carácter de cosa juzgada de los fallos de la Corte y su cumplimiento como obligaciones de resultado (arts. 67 y 68).

El *corpus iuris* interamericano está asumido por el artículo 29 literal d) de la CADH, el cual determina:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Así la Corte IDH ha aplicado las Convenciones sobre Relaciones Consulares de donde se ha extraído como parte del debido proceso el derecho a la asistencia consular; se ha aplicado el Convenio 169 de la OIT en casos de pueblos originarios; se ha aplicado la Convención sobre Derechos del Niño, las Convenciones complementarias del sistema interamericano ratificadas por los Estados Partes, entre otras. La Corte IDH ha precisado en el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* que el control de convencionalidad *ex officio* que deben realizar los órganos del Estado parte y los tribunales del mismo es “entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado [...]”⁴¹, perspectiva que es reiterada en otros casos, dentro de los cuales puede citarse el caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*⁴² y el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*⁴³.

Dicho control de convencionalidad lo deben ejercer todos los órganos y autoridades del Estado Parte, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, el cual se concreta en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, entre las normas internas y la Convención Americana, *ex officio*, interpretando y aplicando el *corpus iuris* interamericano conforme a la interpretación auténtica determinada por la CIDH⁴⁴.

La Corte IDH se ha referido a la materia en los dos últimos casos chilenos que ha debido resolver: el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, párrafo 282-284, y el caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*. (2014), párrafo 436.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012), párrafo 262.

⁴² Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala* (2012), párrafo 330.

⁴³ Corte IDH. *Caso Mendoza y otros vs. Argentina* (2013), párrafo 221.

⁴⁴ NOGUEIRA, Humberto (2013a), pp. 240-241.

En el párrafo 282 del caso *Atala Riffo*, la Corte IDH ha precisado que:

“282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Así lo están asumiendo en el último tiempo tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional.

La Corte Suprema, en su sentencia Rol N° 3452-2006, precisa:

“[...] 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 solo deriva del mencionado artículo 5º, sino también del artículo primero y cuarto, del artículo 19 N° 26 de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales [...]”⁴⁵.

En esta perspectiva puede señalarse también, a manera ejemplar, la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 9031-2013 de noviembre de 2013, en la cual se resuelve la extradición de una persona de nacionalidad boliviana requerida por la justicia argentina. Al respecto y razonando sobre la materia, la Corte Suprema aplica control de convencionalidad, señalando que:

“(...) efectivamente todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y efectiva vigencia de las garantías fundamentales de los imputados que comparecen ante él, en todos los trámites previos de la actuación policial, como de la investigación, instrucción y juicio, además de prestarles reconocimiento y eficacia en sus determinaciones. Es el control de constitucionalidad y de convencionalidad”⁴⁶.

⁴⁵ Caso *Ricardo Troncoso Muñoz y otros*. (2007), Corte Suprema, 6 de abril de 2007, Rol N° 4183, considerando 66.

⁴⁶ Corte Suprema. Sentencia Rol N° 9031-2013, de 9 de noviembre de 2013, considerando 12.

En la misma sentencia y considerando, la Corte Suprema precisa:

“La función que le corresponde a los jueces nacionales en este control, en el ámbito interno de los países y en el juzgamiento de los conflictos particulares que conocen, deben velar por el respeto y efectiva vigencia de la garantía que importa el reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo que deben concretar los estados por el hecho de ser partes del sistema internacional. Lo anterior constituye una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción y en nuestro país es parte de la función conservadora de que están investidos todos los tribunales, especialmente, sus instancias superiores. La consecuencia inmediata es la obligación de observar los derechos previstos en la Carta Política, en los tratados internacionales, en el derecho internacional consuetudinario y ius cogens, dándole aplicación directa a sus disposiciones, como profundizar su contenido mediante una interpretación que atiende a los motivos, objeto y fin de las disposiciones y principios que las inspiran, de manera sistemática conforme a las circunstancias de contexto y específicas del caso”⁴⁷.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 6 de mayo de 2014⁴⁸, en el considerando 7º de ella, asume los atributos de los derechos asegurados por *el corpus iuris interamericano*, precisando:

“Que, entonces, la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política”.

A su vez, el Tribunal Constitucional, en sentencia de junio de 2014⁴⁹, reafirma en su considerando 9º, como ya lo había hecho en la sentencia anteriormente mencionada:

“Que, en un fallo reciente, esta Magistratura ha sostenido que la aplicación de la norma aquí impugnada es inconstitucional, pues ‘provoca una vulneración de los derechos a ser oído por un juez competente, a la publicidad del proceso y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, con transgresión de los preceptos contenidos en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 19, N° 3º, de la Constitución Política de la República’ (STC Rol N° 2493, considerando noveno)”.

⁴⁷ Corte Suprema. Sentencia Rol N° 9031-2013, de 9 de noviembre de 2013, considerando 12.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2493-13-INA, de 6 de mayo de 2014, considerando 7º.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2492-13, de 17 de junio de 2014.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia comentada, Rol N° 2492-13 de junio de 2014, en su considerando 17, reconoce que la jurisprudencia de la Corte IDH vincula al Estado chileno y al propio Tribunal Constitucional en cuanto establece estándares mínimos de derechos superiores a los consagrados en la legislación interna, cuando determina la existencia de:

“[...] nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo a esta jurisdicción constitucional, en orden al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile”.

Sobre esta materia puede examinarse también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período de 2006-2010, para lo cual remitimos al artículo publicado en *Revista Chilena de Derecho* de 2012⁵⁰.

2.2.2. Los atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho consuetudinario internacional

En la materia, la Corte Suprema ha asumido en diversas sentencias que el derecho consuetudinario internacional se incorpora directamente a nuestro ordenamiento jurídico en forma automática, debiendo asumirse las obligaciones jurídicas que este determina.

Así, la Corte Suprema, en la sentencia Rol N° 3125-04, de fecha 13 de marzo de 2007, en el considerando 36 precisa:

“Trigésimo sexto: Que al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo ‘que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos’ (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, p. 66).

Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los

⁵⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012), pp. 149-187.

órganos del Estado. Afirmando que es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LII, segunda parte, sección primera, p. 478; Revista Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, páginas 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, página 90 y Alfredo Etcheberry O.: “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, tomo I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile, año dos mil dos, pp. 38 y 39)”.

2.2.3. Los atributos y garantías de los derechos implícitos o no enumerados asegurados por vía jurisprudencial

La jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema han asumido la existencia de derechos implícitos o no enumerados en el texto formal de la Constitución, los cuales se deducen de la afirmación de la dignidad de la persona humana asegurada constitucionalmente como atributos específicos derivados de ella y de principios constitucionales que son explicitados por vía de la jurisdicción constitucional⁵¹.

El Tribunal Constitucional en 1995 ya había reconocido explícitamente la existencia de derechos implícitos en nuestro ordenamiento constitucional en su sentencia Rol N° 226 de 30 de octubre de 1995, considerando 25, donde determina:

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

Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional”⁵².

Asimismo, el Tribunal Constitucional en diversas sentencias asegura *el derecho implícito o no enumerado a la identidad*, entre ellas el fallo Rol N° 834, considerando 22° y la sentencia Rol N° 1340-09 de 2009, considerando 9°.

La Corte Suprema, en su sentencia Rol N° 4069-2013, de 6 de noviembre de 2013, determina el carácter de derecho implícito del derecho de acceso a la información pública como manifestación de la libertad de información, precisando que:

⁵¹ Ver REY MARTÍNEZ, Fernando (2010); MODUGNO, Franco (1995).

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 25°.

“La Carta Fundamental asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información, el que se encuentra reconocido en el artículo 19 N° 12 del Código Político –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio que representa, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas”.

La Corte Suprema, en sentencia Rol N° 2506-2009, ha reconocido como derecho implícito, el derecho a la propia imagen:

“Sexto: Que, en lo tocante al resguardo constitucional del derecho a la propia imagen, a que precisamente tiende la acción propuesta en autos, es cierto que el artículo 20 de la Carta Fundamental no lo enumera determinadamente entre las garantías susceptibles de ampararse por ese arbitrio cautelar; empero, tanto la doctrina, como la jurisprudencia coinciden en que su protección deviene procedente y encuadra en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, por encontrarse implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona, que esa norma se encarga de tutelar”⁵³.

La Corte Suprema, en sentencia Rol N° 3514-2014 determina también la existencia del *derecho de huelga como derecho constitucional implícito* en el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental, explicitando:

“Así el prisma sistemático conduce forzosamente [...] a aseverar que el derecho [de huelga] de esta manera [se encuentra] implícito en el catálogo de derechos”⁵⁴.

2.2.4. Los derechos asegurados por los principios de ius cogens

Tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional han asumido la incorporación automática y directa de los *principios imperativos de ius cogens*⁵⁵ al derecho interno.

⁵³ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 2506-2009, caso *Christian Antonio Caroca Rodríguez*, de 24 de marzo de 2009, considerando 6°.

⁵⁴ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol N° 3514-2014, de 4 de diciembre de 2014, considerando 23; también pueden verse considerandos 28° y 30°.

⁵⁵ Sobre *principios de ius cogens* pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: SUY, Eric (1976); GÓMEZ ROBLED, Antonio (1981); BASSIOUNI, M. Cherif (1996); FRIEDRICH, Tatiana Scheila (2004); DÍAZ, Regina (2014).

La incorporación directa e inmediata del *ius cogens* lo ha asumido la Corte Suprema a partir de diciembre de 2006⁵⁶, y lo explicita con mayor claridad en sentencia de marzo de 2007:

“Trigésimo primero: Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o ‘ius cogens’. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo ‘in limine’ por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno.

Por lo tanto, las máximas de ius cogens son disposiciones a partir de las cuales surgen obligaciones erga omnes, las que no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperiosa”⁵⁷.

La incorporación directa e inmediata de los *principios de ius cogens* los ha recepcionado con carácter imperativo también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sentencia de octubre de 2014, donde conceptualiza el *ius cogens* como:

“[...] un precepto imperativo o perentorio inderogable de Derecho Internacional Público, que no admite exclusión ni alteración de su contenido por fuente alguna de Derecho Internacional, ni mucho menos por fuente de derecho interno o acto de autoridad nacional”⁵⁸.

2.2.5. Algunas consideraciones finales sobre el bloque constitucional de derechos

El *bloque constitucional de derechos fundamentales* asegura así, en virtud de su fuerza normativa, derechos que limitan el ejercicio de la soberanía, como asimismo

⁵⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 559-04, *Caso Molco*, de fecha 13 de diciembre de 2006.

⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125-04, de fecha 13 de marzo de 2007, considerandos 31-32. Ver también sentencia Corte Suprema, Rol N° 9031-2013, de 19 de noviembre de 2013, considerando 12°.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2615-14-INA, 30 de octubre de 2014, considerando 10°.

la obligación constitucional de todos los órganos y agentes del Estado de *respetar, asegurar y garantizar* tales derechos dentro de sus respectivas competencias, como asimismo de *promover* su ejercicio efectivo, por tanto, la obligación jurídica de remover los obstáculos que impiden tal ejercicio, debiendo adoptar todas las medidas y políticas a su alcance para el adecuado disfrute de los derechos por todas las personas, ello implica y alcanza al gobierno y al Congreso, los que deben desarrollar políticas públicas y proyectos legales que garanticen la efectividad de tales derechos, teniendo presente la *indivisibilidad e interdependencia* de los derechos determinada por Naciones Unidas en la Proclamación de Teherán de 13 de mayo de 1968 y en la resolución N° 32/130 de 1977⁵⁹.

Por último, *el bloque constitucional de derechos fundamentales* no solo obliga a los poderes públicos, sino también a los poderes privados, personas jurídicas y personas naturales, como a todo cuerpo intermedio de la sociedad, los cuales deben ajustar sus normas y actuaciones al respeto y garantías de los derechos asegurados por el Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales, los cuales les son indisponibles, generando así dicho bloque una fuerza irradiante respecto de todas las normas y actos de particulares, generando una función ordenadora que asegure una convivencia armónica de los miembros de la sociedad en el efectivo ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, favoreciendo una mayor calidad de vida humana de todas las personas.

2.3. La interpretación del bloque constitucional de derechos fundamentales conforme al principio pro homine o favor persona

Las tensiones entre los derechos que integran el bloque constitucional de Derechos Fundamentales tienen como norma positiva común para su resolución la que contiene el artículo 29 literal b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, derecho positivo vinculante para todos los Estados Partes de la CADH, cuando dichos Estados no lo hayan establecido en su Constitución, tal es el *principio favor persona*⁶⁰, fuera de la perspectiva del criterio de jerarquía, ya que el tema a resolver es sustantivo y no formal, el que crecientemente se ha ido incorporando a los textos constitucionales para otorgar seguridad jurídica de su

⁵⁹ Sobre la materia ver, VÁSQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra (2011).

⁶⁰ Ver AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco (2005); BIDART CAMPOS, G. (2001); CABALLERO, José Luis (2011); CARPIO MARCOS, Edgar (2004 a); CASTILLA, Karlos (2009); HENDERSON, Humberto (2004); MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena (2013); PINTO, Mónica (1997), y SALVIOLI, Fabián (2003).

correcta utilización en Latinoamérica⁶¹. En Chile, desde una perspectiva doctrinal ha sido abordado recientemente⁶², como asimismo ha tenido aplicación jurisdiccional por parte de la Corte Suprema de Chile⁶³ y del Tribunal Constitucional⁶⁴.

En la doctrina es un punto relativamente pacífico que el *principio favor persona*, tanto en Chile como en muchos otros estados latinoamericanos, tiene rango y fuerza normativa constitucional⁶⁵, al deducirse como un postulado o principio de la afirmación del respeto, garantía y promoción de los derechos humanos que deben concretar los órganos y autoridades del Estado, contenido en las constituciones positivas, en el caso chileno, teniendo como fundamento constitucional positivo los incisos primero y cuarto del artículo 1º de la Constitución y el artículo 5º inciso 2º, como asimismo, del deber de interpretar los derechos como estados partes de la CADH, conforme al artículo 29 b) de dicha Convención y la interpretación del mismo hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como interpretación auténtica y final de la Convención⁶⁶.

Dicho principio opera con dos vertientes, una de carácter interpretativo y otra de carácter normativo⁶⁷. En la primera ella requiere que la interpretación de los derechos se realice en aquella versión que les otorgue el máximo de potencialidad y ejercicio efectivo por parte de las personas, como asimismo que sus limitaciones o restricciones legítimas solo pueden ser entendidas en sentido estricto. En la vertiente normativa exige que ante dos normas que aseguran derechos fundamentales, debe preferirse la norma que asegura y garantiza más ampliamente los atributos y garantías del respectivo derecho, no importando la jerarquía de ella, sea norma constitucional o de derecho internacional convencional vinculante.

El principio *pro homine* o favor persona constituye un fin que gobierna la interpretación de derechos fundamentales, constituye un *telos* en materia de derecho constitucional sustantivo en cuanto concretiza la dignidad humana y favorece el goce efectivo de los derechos por todas las personas, fin que está pre-

⁶¹ Ver Constitución de Venezuela, arts. 19 y 23; Constitución de Ecuador de 2009, art. 11 N° 5; Constitución de Bolivia de 2009, art. 256; Constitución de la República Dominicana de 2010, art. 74 N° 4; Constitución de México reformada en 2011, art. 1º.

⁶² NASH ROJAS, Claudio (2013); PEÑA TORRES, Marisol (2013); MUÑOZ GAJARDO, Sergio (2014).

⁶³ MUÑOZ GAJARDO, Sergio (2014), pp. 198-202.

⁶⁴ PEÑA TORRES, Marisol (2013), pp. 140-151.

⁶⁵ En el mismo sentido, PEÑA TORRES, Marisol (2013), pp. 133.

⁶⁶ Artículo 62 inciso 3º CADH.

⁶⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro (2002).

cisado en la Constitución chilena en su artículo 1º que encabeza las Bases de la Institucionalidad.

3. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA Y MÉXICO

Esta perspectiva reseñada del bloque constitucional de derechos fundamentales es común también en el constitucionalismo colombiano como mexicano, con matices, los cuales serán objeto de análisis sucinto en este párrafo.

3.1. *El bloque de constitucionalidad en Colombia*

En Colombia, el bloque de constitucionalidad ha sido sistematizado por la doctrina⁶⁸ y desarrollado ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Londoño, en el ámbito constitucional colombiano, afirma que el *bloque de constitucionalidad* “es una pluralidad de normas conformadas de manera sistemática por medio de los contenidos formales de la Norma Fundamental y de las reglas de derecho que se le adjuntan a través de la cláusula de inserción prevista por la misma Norma Fundamental formal constituyendo el fundamento de la legitimidad, validez y eficacia del sistema jurídico”⁶⁹.

Como señala Rodrigo Uprimi, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto de que “las normas constitucionales no son solo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite”⁷⁰.

La norma constitucional que abre dicha perspectiva en el ordenamiento jurídico colombiano es el artículo 93, el cual precisa:

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

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

⁶⁸ LONDOÑO, César (2010); OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro (2005); RAMMELLI, Alejandro (2004); UPRIMY YEPES, Rodrigo (2007); VERGARA CORTÉS, Rodrigo (2000), y QUINCHE, M. (2012).

⁶⁹ LONDOÑO, César (2010), p. 47.

⁷⁰ UPRIMNY, Rodrigo (2008), p. 25.

En forma similar al artículo 5º inciso 2º en el caso chileno, el artículo 93 de la Constitución colombiana, opera como cláusula de remisión o reenvío expreso y de inserción en la Constitución, la cual, en cuanto norma jurídica constitucional positiva, “*define la posibilidad del acoplamiento de normas no previstas en la Constitución, pero que resultan importantes dada su trascendencia fundacional*”⁷¹.

Como señala Quinche, el bloque de constitucionalidad permite entender que la Constitución Política no se agota en su articulado, sino que implica la integración de otras normas, siendo el mecanismo o instrumento que permite dicha integración “la remisión expresa que haga una norma constitucional, hacia otro sistema de normas”⁷². Esta remisión expresa se encuentra en el artículo 93 de la Constitución colombiana, sin perjuicio de otras tres disposiciones normativas de ella, como son los artículos 53, que reenvía a los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados; 94, referente a los derechos innominados, no enumerados o implícitos inherentes a la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución y los tratados internacionales vigentes, y 214 que se remite al respeto del derecho internacional humanitario.

En base a tal disposición constitucional se desarrolla *el bloque constitucional estricto sensu como señala la Corte Constitucional*⁷³, el cual está integrado por las normas positivas y formalmente constitucionales referentes a derechos fundamentales; el preámbulo que plasma la axiología de la Constitución; las normas y principios de interpretación de los derechos conforme con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia como determina el artículo 93 constitucional; los derechos asegurados por tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, los cuales prevalecen en el orden interno; los instrumentos sobre derecho internacional humanitario, los derechos innominados o implícitos, los principios imperativos de *ius cogens*.

Como señala la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-225/95:

“[...] el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP 93 y 214 N° 2) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo

⁷¹ LONDOÑO, César (2010), p. 52

⁷² QUINCHE, Manuel (2010), p. 84

⁷³ Corte de Constitucionalidad, Sentencia C-1001, de 3 octubre de 2005. Sentencia C-295 de 1993. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C.P. artículo 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C.P., artículo 93)” (Fundamento Jurídico N° 12).

La Corte de Constitucional, en la sentencia C-225 de 1995, caracterizó el bloque de constitucionalidad como una unidad jurídica compuesta por normas y principios que,

“[...] sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato 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”⁷⁴.

También la Corte Constitucional colombiana, en sentencia T-483 de 1999, señala que los dispositivos del bloque de constitucionalidad son:

“[...] eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño de la escala normativa obliga a que toda legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellos adoptados, pues estos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo [...] la Carta Política tiene una capacidad de irradiación sobre la interpretación de las leyes y de los contratos celebrados por particulares, pues [...] los derechos fundamentales de los ciudadanos constituyen un marco valorativo que impregna y condiciona todos los actos jurídicos celebrados por los coasociados”⁷⁵.

A su vez, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido las funciones que desempeña el bloque de constitucionalidad en Colombia:

“Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; [...] una función interpretativa –sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales–, y una función integradora –provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44

⁷⁴ Citada por LONDOÑO, Cesar (2010), pp. 65 y 66.

⁷⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-483 de 1999. Magistrado Ponente Antonio Barrera.

y 53 Superiores—. Ambas funciones han sido aplicadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre los límites del margen de configuración del legislador en materia penal, sea para identificar un desconocimiento de la Constitución con la ayuda interpretativa de las normas incluidas en el bloque, o para aplicar directamente los parámetros establecidos por tales normas en ausencia de una cláusula constitucional específica”⁷⁶.

La Corte Constitucional, además de integrar al bloque constitucional los atributos y garantías asegurados por la Constitución formal, los tratados de derechos humanos y el derecho humanitario internacional, también considera como parte del bloque los derechos implícitos o no enumerados y los principios de *ius cogens*.

Respecto de los derechos implícitos, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en sentencia de octubre de 1995, en que se reconoce el derecho a la identidad, que:

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

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

“[La] identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos [... y que] supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad”⁷⁷.

Además del derecho a la identidad, la Corte Constitucional colombiana ha determinado como derechos no enumerados o implícitos, como sistematiza Manuel Fernando Quinche⁷⁸, el derecho a la filiación real⁷⁹, el derecho al retorno⁸⁰,

⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-291/07, de 25 de abril de 2007.

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T. 477-1995, de 23 de octubre de 1995.

⁷⁸ QUINCHE, Manuel (2010), p. 87.

⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-109 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-268 de 2003. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy.

el derecho a comunicarse⁸¹, los derechos a la verdad y la justicia⁸² y el derecho al olvido vinculado al *habeas data*⁸³.

A su vez, la Corte Constitucional se ha referido en diversas sentencias a las normas de *ius cogens* en materia de derechos. Así en sentencia C-291/07, ha precisado:

“Por último, es relevante tener en cuenta que una importante indicación sobre la naturaleza imperativa o de ius cogens de una determinada norma de derecho internacional, está provista por el hecho de que esa norma consagre garantías de derechos humanos que no son derogables durante los estados de emergencia. Así lo ha explicado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General N° 29, al explicar: ‘el hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4° [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado (por ejemplo, los artículos 6° y 7°)’. Como se verá, varias de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario reflejan directamente garantías no derogables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que por lo mismo confirman la naturaleza de ius cogens de aquéllas”⁸⁴.

A su vez, en la misma sentencia la Corte Constitucional de Colombia determinó:

“El catálogo de normas de ius cogens ha experimentado un proceso de expansión acelerada, el cual se ha acentuado en el curso de la última década, particularmente en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, en el cual se han presentado desarrollos jurídicos significativos y notorios.

En efecto, varias fuentes jurisprudenciales y doctrinales han indicado que los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario son actualmente normas imperativas o perentorias de derecho internacional, haciendo referencia a la categoría de ‘principios fundamentales del DIH’, o a determinadas reglas en particular. Con base en un análisis cuidadoso de los distintos pronunciamientos internacionales que han otorgado

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-032 de 2005. Magistrado Ponente Gregorio Hernández Galindo.

⁸² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228 de 2002. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinoza.

⁸³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-729 de 2002. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.

⁸⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-291/07, de 25 de abril de 2007, fundamento 2.2.1.

este rango preeminente a los principios fundamentales del DIH, la Corte Constitucional de Colombia expondrá en el presente acápite su postura razonada sobre el particular, en el sentido de que los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario han adquirido el rango cierto de normas de ius cogens por haberse surtido respecto de ellos un proceso notorio de doble reconocimiento, concretamente en relación con los principios de distinción, precaución y trato humanitario y respeto por las garantías fundamentales de la persona”⁸⁵.

La Carta Fundamental de Colombia *limita la integración de los derechos humanos a la Constitución material colombiana*, a diferencia de la Constitución chilena, en la perspectiva del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, a aquellos derechos que “*no son sujetos de limitación en los estados de excepción*”, conforme a las normas de los artículos 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que deben interpretarse conforme al *principio pro homine* o *favor persona*.

La Corte Constitucional emplea también el concepto de “*bloque de constitucionalidad latu sensu*”⁸⁶, agregando al contenido anterior del “*bloque de constitucionalidad stricto sensu*”, algunas leyes orgánicas y estatutarias, los tratados de derechos humanos en aquel ámbito no vinculante durante los estados de excepción, la jurisprudencia de instancias internacionales y la doctrina elaborada por entidades de derecho público internacional.

3.2. *El bloque de regularidad constitucionalidad en México*

En el caso de *México*, el *concepto de “bloque de regularidad constitucional”* ha empezado a desarrollarse académicamente⁸⁷ y a aplicarse sistemáticamente por los tribunales de justicia y, especialmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México a partir de 2011, luego de la reforma constitucional de dicho año al artículo 1º de la Constitución.

⁸⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-291/07, de 25 de abril de 2007, fundamento 2.2. 2.

⁸⁶ Ver Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, expediente T-506.704, de 31 de enero de 2002. Punto V: Consideraciones y fundamentos; punto 4: Bloque de constitucionalidad. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-200, de 19 de marzo de 2002, Punto V: Consideraciones y fundamentos; punto 4: Bloque de constitucionalidad. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

⁸⁷ ASTUDILLO, César (2014); CABALLERO, José Luis (2013); CABALLERO, José Luis (2014); CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Coords.) (2011); GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (2013); LÓPEZ OLVERA, Miguel y PAHUAMBA ROSAS, Baltazar (2014).

Dicha reforma establece el siguiente contenido del artículo 1º en el ámbito que centra nuestra atención:

“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”.

La Constitución de México, a diferencia de la de Colombia, explicita con nitidez que las personas gozan de los derechos humanos reconocidos por la Constitución formal como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, sin que sea necesario que el tratado sea estrictamente un tratado de derechos humanos. Teniendo todos los derechos asegurados por la Constitución y por tratados internacionales fuerza normativa constitucional, lo cual requiere de una interpretación armónica conforme a los estándares disponibles mediante la correspondiente interpretación. La reforma constitucional mexicana además explicita y otorga seguridad jurídica constitucional que los órganos estatales deben interpretar y aplicar la Constitución y los tratados conforme al principio favor persona, lo que exige privilegiar aquella interpretación que genere más beneficios para las personas, la que maximice el goce y efectivo ejercicio de los derechos de ellas. Así el criterio para resolver criterios normativos en el ámbito de derechos no es el principio de jerarquía normativa sino el principio favor persona⁸⁸.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, a través de su jurisprudencia ha ido precisando el sentido y alcance de dicha norma constitucional a través de su jurisprudencia. En una primera sentencia de pleno, “Expediente varios 912/2010, en el engrose de 20 de septiembre de 2011, señala que conforman parte del bloque de constitucionalidad todos los derechos humanos contenidos

⁸⁸ CARMONA, Jorge Ulises, p. 46.

en la Constitución Federal con fundamento en sus artículos 1º y 133; todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en que el Estado mexicano sea parte y los criterios vinculados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en los que el Estado mexicano haya sido parte, y como criterios orientados de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

En la misma perspectiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en sentencia 28/2010 de 23 de noviembre de 2011, precisó que las normas de la Constitución y la de los tratados ratificados que aseguren derechos humanos poseen rango constitucional:

“Las normas provenientes de ambas fuentes gozan de rango constitucional y, por tanto, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellos materializan deben formar en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación”.

Como bien explicita Astudillo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México da un viraje de ciento ochenta grados: se aleja del “enfoque tradicional de la relación Constitución/Tratados, y adopta un nuevo enfoque basado en el análisis de la relación que guarda la Constitución con aquellos tratados que versan específicamente sobre derechos fundamentales; es decir se aproxima a la problemática sin tomar en cuenta a los tratados en su carácter formal de fuente del derecho, sino que los considera desde la perspectiva material de fuente de los derechos”⁸⁹.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su resolución de conflicto de tesis C.T. 293/2011⁹⁰, considera que los tratados internacionales constituyen fuente de reconocimiento de normas de derechos humanos, con independencia de la materia a que se aboquen formalmente y que, cuando ello ocurre, dichas normas se integran con el propósito de “*ampliar el catálogo constitucional de derechos humanos*”⁹¹. En el engrose de la sentencia C.T. 293/2011, la Suprema Corte de Justicia precisa:

“(i) los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados de los cuales México sea parte integran un mismo conjunto o catálogo de derechos; (ii) la existencia

⁸⁹ ASTUDILLO, César (2014), p. 77.

⁹⁰ Suprema Corte de Justicia Nacional. Sentencia S.C. 293/2011, de 3 de septiembre de 2013.

⁹¹ Engrose de la Sentencia C.T. 293/2011, pp. 29 y 170-171. Citada por ASTUDILLO, César (2014), p. 78.

de dicho catálogo tiene por origen la Constitución misma; (iii) dicho catálogo debe utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos; y (iv) las relaciones entre derechos humanos que integran este conjunto deben resolverse partiendo de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos —lo que excluye la jerarquía entre unos y otros—, así como del principio pro persona, entendido como herramienta armonizadora y dinámica que permite la funcionalidad del catálogo de derechos humanos”.

Así, el bloque de constitucionalidad mexicano, como señala Astudillo, “*adquiere la totalidad de su sentido por la capacidad de integrar, en exclusiva, derechos fundamentales, y reconocerles una misma jerarquía normativa y un valor como normas supremas del ordenamiento jurídico*”⁹².

Así, el bloque constitucional de derechos en México queda integrado por los derechos asegurados por la Constitución formal y por los tratados internacionales en que México sea parte, *integrando un único catálogo de derechos indivisible e interdependiente, sin jerarquía entre ellos y debiendo ser interpretados conforme al principio o postulado pro persona.*

Finalmente, se ha señalado por Rodríguez, Arjona y Fajardo que el bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos, como está previsto en el artículo 1º de la Constitución de México, “*implica que el marco jurídico aplicable se compone tanto de normas de origen constitucional como internacional y, en consecuencia, no solo el contenido constitucional de las normas de derechos humanos es el supremo, sino que también las normas de derechos humanos de origen internacional gozan de igual supremacía. Y al ser ambos tipos de normas de carácter supremo, se convierten en el parámetro de interpretación del resto del ordenamiento*”⁹³.

4. LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL DEL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS A TRAVÉS DEL PARÁMETRO DE CONTROL: CHILE, COLOMBIA Y MÉXICO

El *parámetro de control* en materia de derechos fundamentales es una expresión procesal, constituyendo un factor de referencia como premisa mayor para analizar y enjuiciar una norma o situación específica (premis menor), constituyendo el conjunto de enunciados normativos a partir del cual pueden concretarse los controles de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas internas

⁹² ASTUDILLO, César (2014), p. 89.

⁹³ RODRÍGUEZ, ARJONA y FAJARDO (2013), p. 65.

del Estado y las actuaciones de los órganos y autoridades estatales, resolviendo el conflicto o controversia de relevancia jurídica respectivo, ya sea determinando su invalidez, su inaplicabilidad o la aplicación preferente, en el caso respectivo.

Dicho *parámetro de control de constitucionalidad o convencionalidad*, en su caso, está constituido por los atributos y garantías del o de los derechos fundamentales específicos asegurados y garantizados al menos en la Constitución y los tratados y convenciones de derechos humanos vinculantes para el Estado, los principios imperativos de *ius cogens* y los derechos implícitos o no enumerados, conforme al estándar mínimo explicitado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyéndose así la premisa mayor que debe utilizar el órgano jurisdiccional competente, *ex officio*, para resolver el conflicto de relevancia jurídica sometido a su consideración en el caso específico, junto a los principios y técnicas de aplicación del parámetro de control como son el principio favor persona, el respeto al contenido esencial de los derechos y el principio de proporcionalidad, ya sea para el enjuiciamiento de una norma jurídica interna o para el enjuiciamiento de un acto de un órgano o autoridad estatal.

El parámetro de control se conforma de manera diferente de acuerdo a cada conflicto de relevancia jurídica que deba resolverse ya sea en control de constitucionalidad o de control de convencionalidad. Dicho parámetro tiene una conformación particular y heterogénea según los diferentes casos. Dicho parámetro de control está conformado por el conjunto específico de atributos de los derechos contenidos en determinadas fuentes formales y materiales aseguradas constitucionalmente, complementado con postulados de interpretación de derechos que el juez tendrá en consideración para resolver el conflicto de relevancia jurídica en materia de derechos fundamentales.

4.1. La ausencia explícita de tratamiento acerca del parámetro de control por la jurisprudencia chilena

La obligación jurídica de los órganos jurisdiccionales internos competentes para garantizar *ex officio* los derechos fundamentales integrantes del bloque constitucional deriva del hecho que ello está dispuesto como un deber imperativo constitucional de respeto y promoción de tales derechos por el artículo 5° inciso 2°, desprendiéndose así del objeto y fin de dicho enunciado constitucional, en armonía además con los artículos 1°, 2° y 62 inciso 3°, 67 y 68 de la CADH, interpretados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al determinar las características del control de convencionalidad que

deben aplicar todos los órganos internos del Estado y, especialmente, los órganos jurisdiccionales competentes.

El control *ex officio* en cuanto expresión del principio *iura novit curia* es, asimismo, un elemento vertebral del derecho procesal constitucional protector de derechos fundamentales, como del derecho procesal convencional internacional interamericano.

Así, a manera ejemplar, en la práctica, la Corte Suprema incorpora al parámetro de control del derecho fundamental de la libertad personal, los atributos y garantías asegurados por la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, acogiendo una acción (recurso) de amparo (*habeas corpus*), en sentencia Rol N° 26492-14, considerando especialmente los artículos 4 y 14 N° 2 de dicha Convención, estableciendo que ellos obligan a los Estados Partes, determinando que tales “*disposiciones deben orientar el trato que Gendarmería debe dar a los internos en cumplimiento del respeto a las garantías constitucionales de que ellos gozan*”⁹⁴.

La misma Corte Suprema, en sentencia de diciembre de 2014, en fallo de unificación de jurisprudencia laboral, incorpora como elementos del parámetro de control de derechos laborales y de interpretación de dicha legislación (ley N° 19.759) normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, artículos 8.1 y 8.3 y la Carta Internacional Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 8 N° 1 literal b), todo ello para determinar la existencia de un *derecho fundamental implícito de huelga* en la Constitución y la consiguiente obligación estatal de no introducirle restricciones indebidas mediante el artículo 381 del Código del Trabajo⁹⁵.

A partir de dicho *parámetro de control del bloque constitucional de derechos fundamentales*, los derechos específicos constituyen realidades justiciables ante cualquier vulneración, ya sea bajo la modalidad de privación, perturbación o amenaza de sus atributos y garantías a través de actos u omisiones contrarias al ordenamiento jurídico, ante lo cual existe la obligación de los jueces a través del ejercicio de la potestad jurisdiccional en el ámbito de su competencia, de concretar una protección útil y efectiva de ellos.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, como ya se ha establecido, se observa la integración del parámetro de control con atributos de

⁹⁴ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 26492-14, de 30 de octubre de 2014, considerando 4°.

⁹⁵ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3514-14, de 4 de diciembre de 2014, considerandos 17-21, 23, 30, 35 y 36.

derechos no establecidos formalmente en la Constitución y asegurados por el derecho internacional convencional de derechos humanos o deducidos de atributos asegurados por tales derechos. Así ocurre con el derecho a no ser objeto de prisión por deudas, aplicando los artículos 7.7 de la CADH y el artículo 11 del PIDCP de Naciones Unidas (Roles N.ºs. 519-2006; 576-2007; 1006-2009); otro tanto ocurre con el derecho a la presunción de inocencia no asegurado en la Constitución formal, utilizando la norma de reenvío del artículo 5º a los artículos 8.2 de la CADH y al artículo 14.2 del PIDCP de Naciones Unidas (Rol N.º 739-2007). Tal perspectiva se asume también frente al derecho a la identidad no asegurado por la Constitución formal, en virtud de normas de la CADH y la Convención sobre Derechos del Niño, para declarar inaplicable el artículo 206 del Código Civil (Roles N.ºs. 1340 de 2009 y 2105- 2011 de 2012).

Con mayor extensión el Tribunal Constitucional integra el parámetro de control mediante el cual declara inaplicables normas del D.L. de Extranjería en el caso de un ciudadano de nacionalidad haitiana, *considerando incorrecto concebir la potestad administrativa de admisión de un extranjero al país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad*, estimando que la perspectiva correcta es complementar la discrecionalidad del orden público “con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país”⁹⁶.

El Tribunal Constitucional considera que esta “nueva óptica”, desde el artículo 5º de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos, implica un “nuevo estándar” que considera los artículos 2, 13 y 25; el principio de reagrupamiento familiar contenido en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 10 y 11 del PIDESyC de Naciones Unidas; el artículo 10.1 de la Convención sobre Derechos del Niño; artículos 12. 13 y 23 del PIDCyP de Naciones Unidas, y artículo 22.8 de la CADH. Además considera la interpretación sobre dichos derechos hecha por las Observaciones Generales de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como se determina en el considerando 10 de la sentencia comentada.

Finalmente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional consideraremos la sentencia Rol N.º 2493-2013, de mayo de 2014, mediante la cual se declara inaplicable por inconstitucional la competencia de la justicia militar para conocer casos en que la víctima es un civil, haciendo efectivo un control de convencio-

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N.º 2273-2013 de 4 de julio de 2013, considerando 13º.

nalidad, considerando la jurisprudencia de la Corte IDH como la interpretación auténtica, conforme determina en el considerando 8° de la sentencia, integrando al parámetro de control con los “*nuevos estándares*” provenientes de la Corte IDH, de la sentencia del *Caso Palamara* en consideración del artículo 8° de la CADH, como se expresa en el considerando 21, cumple así el Tribunal Constitucional con el deber de adecuar el ordenamiento interno al estándar internacional, conforme determina el considerando 12° de la sentencia⁹⁷.

En esta perspectiva, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional chileno integran al parámetro de control el *corpus iuris* interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH, no hay una expresión jurisprudencial ni de la Corte Suprema ni del Tribunal Constitucional que explice expresamente los contenidos que integran en cada caso el parámetro de control que emplean para concretar su función jurisdiccional, y la diferencien del bloque constitucional de derechos, a diferencia de lo que ocurre con la Corte Constitucional de Colombia y la Suprema Corte de Justicia Nacional de México.

4.2. *El parámetro de control de la jurisprudencia Colombiana*

A este respecto algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia hacen expresa alusión al parámetro de control, señalando la sentencia más expresiva en la materia.

En efecto, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en sentencia en expediente T-506.704, de 31 de enero de 2002, el *parámetro de control constitucional*, precisando que:

“[...] de la Carta también hacen parte las normas y principios incorporados en el bloque de constitucionalidad, que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución, como sucede con ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prevalecen en el orden interno por disponerlo así el artículo 93 superior, precepto que no se refiere a todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales en sí mismos y de por sí, sino a estos cuando tales instrumentos internacionales prohíben su limitación en los Estados de Excepción, es decir que para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2493-2013, de fecha 6 de mayo de 2014

*los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los Estados de Excepción, caso en el cual se trata de principios y reglas de verdadero valor constitucional que deben ser respetados por el legislador*⁹⁸.

4.3. El parámetro de control en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia Nacional

En el caso de México, la Suprema Corte de Justicia Nacional, en sentencia CT 2931/2011 SCJN de 2013, ya antes aludido, determinó que el conjunto conformado por *“la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos”* integran *“el nuevo parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano”*.

A su vez, en la jurisprudencia P/J 21/2014 (10a), la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México determina los *elementos del parámetro de control jurisdiccional de los jueces*, precisando que este está integrado por *el contenido de los derechos humanos de fuente constitucional y los reconocidos en los tratados de los que el Estado sea parte; la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación y los precedentes vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el estándar de interpretación y el principio pro persona referidos en el segundo párrafo del artículo 1º Constitucional, y el principio de proporcionalidad de manera que dichas leyes y su normativa que deriven de éstas pueden considerarse objetivas y razonables, es decir, que persigan finales legítimos, sean idóneas, necesarias y proporcionales*.

A su vez, en sentencia de 2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, esta determinó que integran el parámetro de control de constitucionalidad/convencionalidad:

- “i) el contenido de los derechos humanos de fuente constitucional y los reconocidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte;
- ii) la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación y los precedentes vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
- “iii) el estándar de interpretación conforme y el principio pro persona referidos en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional, y

⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, expediente T-506.704, de 31 de enero de 2002. Punto V: Consideraciones y fundamentos; punto 4: Bloque de constitucionalidad.

iv) el principio de proporcionalidad de manera que dichas leyes y la normativa que derive de éstas puedan considerarse objetivas y razonables, es decir, que persigan fines legítimos, sean idóneas, necesarias y proporcionales”⁹⁹.

Si el parámetro de control es de constitucionalidad en el caso chileno y se aplica por parte del Tribunal Constitucional, este determinará la validez de las normas infraconstitucionales que en todas las circunstancias e interpretaciones posibles sean contrarias al bloque constitucional de derechos fundamentales, para lo cual deberá utilizarse el control preventivo o el control reparador abstracto respecto de preceptos normativos infraconstitucionales internos conforme al artículo 93 de nuestra Carta Fundamental, cumpliendo los requisitos determinados por la Constitución y la LOC del Tribunal Constitucional. En el caso de resolverse solo una acción de inaplicabilidad en control concreto deberá utilizarse la acción y el procedimiento previsto por el artículo 93 N° 6 de la Constitución, que en la práctica se ha constituido en un amparo de derechos indirecto.

A su vez, si se utiliza dicho bloque constitucional de derechos como parámetro de *control de convencionalidad*, este, en el caso chileno, lo pueden ejercer todos los tribunales o jueces del Estado que sean competentes, de acuerdo al procedimiento establecido legalmente para su ejercicio, los cuales deben aplicar preferentemente el enunciado normativo del bloque de constitucionalidad o del *corpus iuris* interamericano conforme al *principio favor persona*, haciendo prevalecer la norma o contenido de ella que mejor proteja el derecho o los derechos fundamentales en análisis, haciendo respetar, asimismo, el contenido esencial de los derechos y aplicando el principio de proporcionalidad, en el caso respectivo. Así lo han hecho tanto las Cortes de Apelaciones como la Corte Suprema, aplicando preferentemente los estándares del bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales por sobre las normas jurídicas internas cuando ellas se encuentran bajo los estándares mínimos de derechos que constituyen parte del bloque, aplicando el principio favor persona.

5. CONCLUSIONES

A partir del análisis efectuado, es posible determinar la existencia de un avance jurisprudencial claro de la Corte Suprema en los últimos años en materia del reconocimiento y aplicación del bloque constitucional de derechos, frente a un

⁹⁹ Tesis 1ª, CLXIII/2014 (10ª). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, Libro 5, Tomo i, abril de 2014. Citada por ASTUDILLO, César (2014), p. 44.

incipiente reconocimiento implícito del mismo por el Tribunal Constitucional a partir de algunas sentencias de 2014.

En el ámbito de las fuentes del *bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales* y la aplicación del control de convencionalidad, la Corte Suprema asume los derechos asegurados por el texto formal de la Constitución, los derechos implícitos, los atributos y garantías de los derechos asegurados por vía de tratados ratificados y vigentes, por vía del derecho internacional consuetudinario como a través de principios de *ius cogens*, asimismo ha explicitado la obligación jurídica de seguir los estándares mínimos de atributos y garantías de derechos determinados por las fuentes del derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH. El Tribunal Constitucional solo más recientemente ha tímidamente mencionado el bloque constitucional de derechos en 2014, asumiendo los derechos implícitos, los atributos de los derechos y sus garantías contenidos en el derecho convencional internacional ratificado y vigente, como los contenidos en el derecho imperativo internacional (*ius cogens*), sin pronunciarse aún respecto de los derechos asegurados por el derecho internacional consuetudinario, aceptando muy recientemente la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH y asumiendo su carácter de intérprete auténtica del *corpus iuris* interamericano y su carácter de estándar mínimo vinculante para el Estado chileno.

Ello requiere a nuestro juicio avanzar en una mayor precisión y seguridad jurídica del derecho aplicable mediante reforma constitucional del artículo 5° de la Constitución, en una perspectiva que determine explícitamente las fuentes del bloque constitucional de derechos asumidos ya por vía jurisprudencial, como son los derechos implícitos o no enumerados, los principios de *ius cogens*, los tratados y convenciones internacionales ratificados y vigentes, y el derecho internacional consuetudinario.

Puede considerarse que hay en la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional, una aplicación del principio “*pro homine*” o “*favor persona*” para resolver conflictos normativos de carácter sustantivo. Ello no constituye una aplicación generalizada ni existe seguridad jurídica de que los conflictos jurídicos en materia de derechos se resolverán sustantivamente conforme a tal postulado. Ello hace necesario que tal postulado de interpretación y resolución de conflictos normativos se explicité constitucionalmente para dotarlo de seguridad jurídica constitucional, como lo ha hecho una cantidad apreciable de países latinoamericanos.

En tal perspectiva, proponemos que el artículo 5° de la Constitución debiera establecer el *principio favor persona* como postulado de interpretación y aplicación en materia de derechos fundamentales, aplicando la interpretación que más

favorezca el disfrute de los derechos fundamentales, como, asimismo, que las regulaciones limitativas del ejercicio de derechos tenga una aplicación de derecho estricto sin afectar los estándares mínimos que el Estado se ha comprometido a respetar y garantizar a través de tratados en los cuales se aseguren atributos y garantías de derechos fundamentales. Asimismo, debiera consagrarse el principio favor persona en su vertiente normativa, la que exige la aplicación de la norma interna o internacional que mejor proteja los derechos dentro del marco de los estándares mínimos que exige el derecho internacional vigente.

A su vez, es necesario un avance jurisprudencial que concrete la diferenciación entre *bloque constitucional de derechos fundamentales* y *parámetro de control* de constitucionalidad como concepto este último más específico y con dimensiones procesales, no consideradas en el primer concepto mencionado que tiene un carácter más general y abstracto.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBANESE, Susana (coord.), (2008): *El control de convencionalidad* (Buenos Aires, Ed. Ediar).
- AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco (2005): “El principio *pro homine*: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado”. en *Revista Colombiana de Derecho Internacional* N° 5, junio, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana. pp. 337-380.
- ASTUDILLO, César (2014): *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*. (México D.F, Titant Lo Blanch).
- BASSIOUNI, M. Cherif (1996): “Internacional crimes: *ius cogens* and obligatio erga omnes”. *59 Law and Contemporary Problems* 63-74 (Fall 1996).
- BIDART CAMPOS, G. (2001): “Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio *pro homine*”, publicado en BIDART CAMPOS, G. y GIL DOMÍNGUEZ, A. (coords). AA.VV., *El Derecho Constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas* (Buenos Aires. Editorial Ediar).
- BIDART CAMPOS, Germán (1994): *La interpretación del sistema de derechos humanos* (Buenos Aires. Ed. Ediar.)
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.) (2010): *La dignité saisie par les juges en Europe* (Bruxelles, Ed. Bruylant), pp. 55-78.
- CABALLERO, José Luis (2014): “La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos en México”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.)

- (2014): La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Santiago. Ed. CECOCH-Librotecnia), pp. 105-120.
- CABALLERO, José Luis (2013): *La interpretación conforme. El modelo constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de constitucionalidad* (México, D.F., Ed. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional).
- CABALLERO, José Luis (2011): “La interpretación conforme y el principio pro persona (art. 1º, segundo párrafo de la Constitución)”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords) (2001), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas).
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Coords.) (2011): *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas).
- CARBONELL, Miguel (2011): “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.) (2011), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas).
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises (2013): “Actualidad y necesidades del marco jurídico mexicano para la cabal ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en CARMONA TINOCO, Jorge; CORZO SOSA, Edgar y SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (México D.F., Ed. Tirant lo Blanch-UNAM-Corte Interamericana de Derechos Humanos).
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises (2011): “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución mexicana”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (Ciudad de México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas), pp. 38-62. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>.
- CARPIO MARCOS, Edgar (2004): “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista de Derecho*, volumen V (Piura. Ed. Universidad de Piura), pp. 145-183.
- CARPIO MARCOS, Edgar (2004 a): *La interpretación de los derechos fundamentales* (Lima. Ed. Palestra).
- CASTILLA, Karlos (2009): “El principio *pro persona* en la administración de justicia”, en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucio-*

- nal, N° 20, enero-junio de 2009 (México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM).
- DÍAZ, Regina Ingrid (2014): “El reconocimiento el *ius cogens* en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Constitucional*, volumen 41 N° 2, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 555-587.
- FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco y PÉREZ ROYO, Francisco Javier (1991): *Bloque de Constitucionalidad* (Sevilla, Ed. Civitas).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2013): “La aplicación por los tribunales chilenos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 11 N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago. Universidad de Talca-Ed. Abeledo Perrot-LegalPublishing).
- FERRAJOLI, Luigi (2006): *Derechos y garantías, la ley del más débil* (Madrid, Trotta).
- FERRAJOLI, Luigi (2008): “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, trad. Miguel Carbonell, *Estudios Constitucionales*. Año 6 N° 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago. Universidad de Talca).
- FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.) (2012): *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* (Santiago de Querétaro, Ed. FUNDAp).
- FRIEDRICH, Tatiana Scheila (2004): “As Normas Imperativas de Direito Internacional Público Jus Cogens” (Belo Horizonte, Editora Forum).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (2013): *La reforma constitucional sobre derechos humanos*. Tercera edición (México D.F., Ed. Porrúa).
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto (2006): “Representación y Democracia”, en *Tolerancia, dignidad y democracia*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algo más acerca del coto vedado”. Disponible en World Wide Web: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_12.pdf.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio (1981): “Le *ius cogens* international sagemé, sa nature, ses fonctions”. RCADI, 1981, *Recueil des Cours* 172 (La Haya, Academia de Derecho Internacional de La Haya).
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1986): *La dignidad de la persona* (Madrid, Ed. Civitas).
- HENDERSON, Humberto (2004): “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, vol. 39, San José de Costa Rica, enero-junio de 2004, pp. 71-99.
- HENDERSON, Humberto (2004): “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en *Revista IIDH*, vol. 39, San José de Costa Rica, enero-junio de 2004, pp. 71-99.

- HITTERS, Juan Carlos (2009): “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, en *Revista Estudios Constitucionales*. Año 7, N° 2 (Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, Universidad de Talca), p. 109-128.
- LONDOÑO AYALA, César Augusto (2010): *Bloque de Constitucionalidad* (Bogotá, Ed. Nueva Jurídica).
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro y PAHUAMBA ROZAS, Baltazar (2013): *Nuevos paradigmas constitucionales: dignidad humana, principios fundamentales. Estado de Derecho, Democracia y Control de Convencionalidad* (México. Ed. Express).
- MANILI, Pablo Luis. (2005): *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional argentino*. Primera reimpresión (Buenos Aires. Ed. La Ley).
- MAURER, B. (1999): *Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de L’homme*. París. La Documentation Française. 555 pp.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena (2013): *Principio Pro Persona*. Comisión de Derechos Humanos Distrito Federal; Centro de Investigación Aplicada de Derechos Humanos; Corte Suprema de Justicia de la Nación; Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en México; México D.F. Ver en http://www2.scjn.gob.mx/red/coordinacion/archivos_Principio%20pro%20persona.pdf.
- MODUGNO, Franco (1995): *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzional*. (Torino. Ed. Giappichelli).
- MORALES SÁNCHEZ, Julieta (2013): *La reforma constitucional sobre derechos humanos*. (México D.F. Ed. Porrúa).
- MUÑOZ GAJARDO, Sergio (2014): “El estándar de convencionalidad y el principio *pro homine*”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos* (Santiago, Ed. CECOCH y Librotecnia), pp. 149-247.
- NASH ROJAS, Claudio (2013): “El principio pro persona en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.). *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (Santiago. Ed. CECOCH y Librotecnia), pp. 155-199.
- NIKKEN, Pedro (1987): *La protección internacional de los derechos humanos, su desarrollo progresivo* (Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid. Editorial Civitas).

- NINO, Carlos Santiago (1989): *El constructivismo ético* (Madrid. Centro de Estudios Constitucionales).
- NINO, Carlos Santiago (1989): *Ética y Derechos Humanos* (Barcelona, Ed. Ariel).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2014): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero* (Santiago, Ed. Librotecnia).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2014): “El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el período 2006-2013”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 41 N° 2 (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), pp. 409-435.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013a): El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Revista de Derecho Constitucional Europea*. Año 10, N° 19. Enero-junio de 2013, pp. 221-270 (Granada, Universidad de Granada).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.) (2013b): *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (Santiago Ed. CECOCH-Ed. Librotecnia), 339 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): “El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, en *Revista Chilena de Derecho*. Volumen N° 39 N° 1, pp. 149-187.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo I (Santiago, Ed. Librotecnia).
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro (2005): “El bloque de constitucionalidad en Colombia”, en *Revista Estudios Constitucionales*. Año 3 N° 1, pp. 231-242 (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca).
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús (2011): “Los derechos humanos y el nuevo artículo 1° constitucional”, en *Revista IUS*, Vol. 5 N° 28, jul./dic. 2011, Puebla, México D.F., pp. 85-98.
- PEÑA, Marisol (2013): “El principio *pro homine* o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.) (2013), *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (Santiago, Ed. CECOCH-Ed. Librotecnia), pp. 131-154.
- PEÑA, Marisol (2012): “La Constitución de 1980 y la existencia de un Bloque de Constitucionalidad en Chile”, en *Estudios de Derecho Internacional*. Libro

- Homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla*. Ed. Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago, pp. 591-613.
- PINTO, Mónica (1997): “El principio *pro homine*: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Buenos Aires, Editorial del Puerto), pp. 163-172.
- QUINCHE, Manuel Fernando (2010): *Derecho Constitucional Colombiano*. Cuarta edición (Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.).
- QUINCHE, M. (2012): “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* N° 12 (México D.F., Ed. Porrúa), pp. 163-190.
- RAMELLI, Alejandro (2004): “Sistema de fuentes del derecho internacional público y bloque de constitucionalidad en Colombia”. *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N° 11, julio-diciembre de 2004.
- REY CANTOR, Ernesto (2006): “El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos”, en *Revista Estudios Constitucionales*, año/vol. 4, N° 2, Chile, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2010): “¿Cómo nacen los derechos? (posibilidades y límites de la creación judicial de derechos), en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*. Tomo II (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos y FAJARDO MORALES, Zamir, Graciela (2013): *Bloque de constitucionalidad en México*. Primera edición, Ed. 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, Ciudad de México D.F.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2002): “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en PALOMINO, José y REMOTTI, José Carlos (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)* (Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional).
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, pp. 117-136 (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca).

- SALVIOLI, Fabián (2003): “Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos* (Buenos Aires, Ediar), pp. 143-155.
- SUY, Eric (1976): *The concept of Ius Cogens in Public International Law. Conference on International Law* (Geneve, Lagonissi).
- TORRES RODRÍGUEZ, Flor Alba y TORO LUCENA, Óscar Augusto (2010): Prólogo a obra de LONDOÑO AYALA, César Augusto (2010): *Bloque de constitucionalidad* (Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica).
- UPRIMI YEPES, Rodrigo (2007): “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”. Reimpresión de la Primera edición, en *Compilación Jurisprudencial y Doctrina Nacional e Internacional*. Bogotá. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Volumen I.
- UPRIMI YEPES, Rodrigo (2008): *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, 2ª ed., Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura-Universidad Nacional de Colombia. Disponible en <<http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a16/1.pdf>>.
- VÁSQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra (2011): “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (2011). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* (México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas).
- VERGARA CORTÉS, Rodrigo (2000): “El bloque de constitucionalidad”, en *Revista Estudios de Derecho*. Medellín. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquía N° 133-134. Año LXII, Segunda Época, diciembre, año 2000.
- ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÓ, Valeria (2012): *Giustizia costituzionale*. (Bologna. Ed. Il Mulino).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2008): “Derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Apostillas sobre tratados y Constitución”, en *Revista de Derecho Político*. Universidad Nacional de Educación a Distancia N° 71-72, Madrid, enero a agosto 2008, pp. 787-827.