



Observatorio  
Judicial

Informe N° 54

# Control de Convencionalidad: Su historia en la Tercera Sala de la Corte Suprema

MAYO 2023

[www.observatoriojudicial.org](http://www.observatoriojudicial.org)

En su exposición en la Comisión Experta, la ministra de la Corte Suprema, Ángela Vivanco, sorprendió al defender expresamente la consagración constitucional del control de convencionalidad en los tribunales de justicia. Esta posición no es inocua y, menos, neutral. En efecto, el control de convencionalidad es una materia polémica y ampliamente debatida en la comunidad jurídica. Por tanto, ¿cómo evaluar la propuesta de la Corte Suprema? ¿Es bueno para el Estado de derecho y la labor de los jueces consagrar el control de convencionalidad?

Para responder esas preguntas es necesario abordar las siguientes temáticas: ¿qué es el llamado control de convencionalidad? ¿de dónde proviene? ¿cuál es su alcance y consecuencias jurídicas? Y en especial, ¿qué aplicación ha tenido en Chile? Esto presenta cierta dificultad, porque el control de convencionalidad es un concepto en disputa. En efecto, existen diferentes maneras de comprenderlo: algunos defienden una versión expansiva, mientras que otros una versión más acotada. La cuestión de los contornos y límites está lejos de ser trivial, porque las distintas posturas sobre su definición y alcance implican consecuencias jurídicas importantes que determinan su posible legitimidad.

En el presente informe, primero expondremos el *estado de la cuestión* sobre el control de convencionalidad, es decir, su origen y sus principales líneas de desarrollo. En segundo lugar, analizaremos su evolución y aplicación por la tercera sala de la Corte Suprema<sup>1</sup>. Para esto expondremos ocho sentencias dictadas por la tercera sala que abarcan los años 2013 a 2020<sup>2</sup>, las cuales, a nuestro juicio, muestran el camino del control de convencionalidad en la sala constitucional del Máximo Tribunal. El objetivo final es enjuiciar la propuesta de la ministra Vivanco de consagrar el control de convencionalidad en la Constitución en los términos que ella planteó en su exposición, a saber: que todos los jueces del Poder Judicial deban de oficio controlar el derecho interno según los tratados de derechos humanos y su interpretación por los organismos internacionales<sup>3</sup>.

El análisis del control de convencionalidad mostrará que es una figura altamente compleja dada sus pretensiones, así como su actual estado de ambigüedad. Por tanto, su consagración, sin los adecuados controles, conllevaría dar un enorme poder a los jueces, sin un contrapeso democrático.

---

<sup>1</sup> Para un análisis de la aplicación del control de convencionalidad en otras salas de la Corte Suprema y tribunales se puede consultar la exhaustiva tesis de Constanza Núñez Donald: Control de Convencionalidad: teoría y aplicación en Chile (disponible en: <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/3072.pdf>).

<sup>2</sup> Para la búsqueda de las sentencias se utilizaron dos portales digitales: Vlex y la Base Jurisprudencial del Poder Judicial. El criterio de búsqueda fue “control de convencionalidad” y se seleccionaron aquellas sentencias en que la tercera sala hizo expresa alusión al control de convencionalidad.

<sup>3</sup> Las palabras de la ministra Vivanco en la sesión de la Comisión Experta fueron las siguientes: “Dicho control, que implica la incorporación de las disposiciones sustantivas y de los estándares interpretativos del respectivo instrumento internacional de Derechos Humanos para su efectividad, además de ser ejercido de oficio por la judicatura nacional, ha de ser practicado por todos los magistrados y magistradas, en cualquiera de sus niveles y respecto de cualquier tratado internacional de Derechos Humanos” (Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=\\_mM2gVpAHL4&t=1703s](https://www.youtube.com/watch?v=_mM2gVpAHL4&t=1703s)).

## I. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ORÍGENES, DEFINICIÓN Y CONSECUENCIAS

El control de convencionalidad tuvo su origen el año 2003, como creación jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El fundamento de esta innovación fue evitar que los estados partes de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (“Convención”) —en especial sus jueces— alegaran disposiciones de derecho interno para dejar sin efecto las disposiciones de la Convención o las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana. Así, el año 2006, en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, la Corte formuló el control de convencionalidad en los siguientes términos:

(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana<sup>4</sup>.

En el caso *Almonacid*, la CIDH marcó un hito en el sistema interamericano de derechos humanos, al afirmar expresamente que los jueces *deben* aplicar el control de convencionalidad, es decir, asegurar que el derecho interno sea conforme con las disposiciones de la Convención y —esto muy importante— según la interpretación que la misma Corte Interamericana ha realizado mediante su jurisprudencia. De esta forma, el control de convencionalidad, en su formulación inicial, se estructura en cuatro puntos:

- (1) Obligación del Poder Judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha incorporado en su ordenamiento.
- (2) Una interpretación de las normas que de efectividad a los derechos consagrados en la Convención.
- (3) Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno.
- (4) En el ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la CIDH<sup>5</sup>.

Ya en su versión inicial, el control de convencionalidad presenta importantes dificultades: ser una creación jurisprudencial y que la CIDH se erija como la intérprete última y original de la Convención. Finalmente, ¿qué significa, en términos jurídicos, que los tribunales pueden *controlar* el derecho interno? En principio el control se traduce en que todos los jueces del Poder Judicial<sup>6</sup>, deben de oficio interpretar el derecho interno en base a la Convención y la jurisprudencia de la CIDH de forma que sus disposiciones tengan efectos.

---

<sup>4</sup> Ver caso *Myrna Mack Chang con Guatemala*, sentencia CIDH de 25 de noviembre de 2003, voto razonado del juez Sergio García Ramírez (párrafo 27).

<sup>5</sup> Olano, H. 2016. “Teoría del Control de Convencionalidad”. *Estudios Constitucionales*, 14 (n°1), p. 67.

<sup>6</sup> El 2010 en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* la Corte Interamericana asentó expresamente que el control de convencionalidad debe ser ejercido “por todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (sentencia CIDH, 26 de noviembre 2010).

Sin embargo, en el tiempo, el control de convencionalidad ha sufrido, en su jurisprudencia y, en parte, de la doctrina, una expansión respecto a los órganos competentes, el cuerpo normativo de control y a controlar, así como las facultades y efectos jurídicos del control:

- (1) Expansión de órganos competentes: el 2011 en el caso *Gelman con Uruguay*<sup>7</sup>, la CIDH amplió el ejercicio del control de convencionalidad —que estaba circunscrito al Poder Judicial— a todo organismo y autoridad pública. Por tanto, bajo esta nueva doctrina, cualquier funcionario público puede y debe ejercer el control de convencionalidad y dejar de aplicar el derecho interno si, en su parecer, colisiona con la Convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.
- (2) Expansión del cuerpo normativo: en sus inicios, el control se entendía circunscrito a la Convención y la jurisprudencia interpretativa de la Corte. Luego, la CIDH amplió el bloque de convencionalidad a los demás tratados que son de su competencia<sup>8</sup>. Esto llevó a parte de la doctrina a ampliar aún más la normativa de control a prácticamente la totalidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como el denominado *soft law*<sup>9</sup>. Por otra parte, se amplió la normativa a controlar, si en un inicio eran las leyes internas, luego la CIDH expandió el alcance de control a decretos o reglamentos e incluso las constituciones nacionales<sup>10</sup>.
- (3) Expansión de los efectos: por último, existe una discusión sobre si el control de convencionalidad es un control normativo, o bien, un ejercicio de interpretación. La disputa es relevante, ya que optar por la tesis del control normativo implica una expansión de las facultades, a saber, ya no solo interpretar, sino que, además, la facultad de declarar inaplicable o invalidas las normas del derecho interno que sean contrarias a los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>11</sup>.

En la disputa sobre si el control de convencionalidad es normativo o interpretativo, autores como M. Henríquez han señalado que la CIDH no han adoptado una postura definida<sup>12</sup>. Al mismo tiempo, el profeso A. Paúl muestra una serie de casos en que la CIDH optó por un control normativo. Por ejemplo, en el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, la CDIH declaró que la prohibición de la fertilización *in vitro* era contraria a la Convención y que la sentencia tenía como efecto *ipso facto* autorizar dicho método en el país derogando toda norma que lo prohibiera del mismo<sup>13</sup>.

Ahora bien, los tres puntos antes reseñados son polémicos y la misma CDIH no ha desarrollado una jurisprudencia unívoca y delimitada sobre el órgano competente, el campo normativo de aplicación y las facultades que el control habilitaría. Menos aún existe consenso en la doctrina especializada sobre los

---

<sup>7</sup> Sentencia CIDH, 24 de febrero de 2011 (párrafo 239).

<sup>8</sup> “El Tribunal recuerda que el objeto de su mandato es la aplicación de la Convención América y de otros tratados que le otorguen competencia” (*Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 1 de septiembre de 2010).

<sup>9</sup> Esto incluye no sólo los tratados, sino todo tipo de instrumento como protocolos, opiniones consultivas de diferentes organismos que incluye no sólo tratados, sino que (OLANO, PÁGINA 74).

<sup>10</sup> Henríquez, M. 2014. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (n°24), p. 131.

<sup>11</sup> Op. Cit. Olano, p. 78.

<sup>12</sup> Op. Cit. Henríquez, p. 135.

<sup>13</sup> Paul, A. 2019. “Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina”. *Revista chilena de derecho* (n°246), p. 65.

contornos y legitimidad del control de convencionalidad. En efecto, cierta doctrina defiende una versión extrema, en la cual debería ser ejercido de oficio por cualquier autoridad pública, con la facultad de declarar inválidas las normas que contradigan el vastísimo campo de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Mientras que, otra parte de la doctrina defendería una versión acotada que coincide con la expuesta por la ministra Vivanco, a saber: que todos los jueces del Poder Judicial deban de oficio controlar el derecho interno según los tratados de derechos humanos y su interpretación por los organismos internacionales. Otros, además, agregan la ineludible condición de que el control, para ser legítimo, debe regularse constitucionalmente, para preservar los valores del Estado de Derecho, soberanía nacional y principios del derecho internacional<sup>14</sup>.

Ahora bien, la actual jurisprudencia sugiere que la CIDH se encuentra en una posición extensiva en cuanto los órganos y normativa a controlar, pero más acotada que la versión extrema. Sin embargo, esta postura no es definitiva y nada asegura que no evolucionará a posiciones cada vez más extensivas e intensivas. En efecto, existen sentencias que oscilan entre posiciones más acotadas a posiciones más extremas, sin que exista una definición clara.

Las altísimas pretensiones del control de convencionalidad, a saber, poner a la Convención y la CIDH en la cúspide normativa de toda nación, incluso sobre las constituciones nacionales, tornan al control de convencionalidad en una figura muy compleja y de dudosa legitimidad en cualquiera de sus versiones posibles. Esta situación se agrava dada su indeterminación, ya que abre una puerta de poder enorme sin controles y contornos claros, lo cual es una invitación a la arbitrariedad e incerteza jurídica.

En ese sentido, se han formulados críticas contundentes al control de convencionalidad, por su afectación al Estado de Derecho, la seguridad jurídica y la libre autodeterminación democrática. Respecto al Estado de Derecho, se critica que el control de convencionalidad, al ser una creación jurisprudencial, viola el principio de legalidad, es decir, que las competencias de un órgano sólo pueden ser fijados por la Constitución o la ley<sup>15</sup>. De igual manera, se altera el principio de separación de poderes, en especial en los países como Chile, que poseen controles concentrados de constitucionalidad sobre la aplicación o invalidez del derecho interno<sup>16</sup>.

A su vez, el control de convencionalidad amenaza la seguridad jurídica en un doble sentido: primero, en cuanto a la dispersión de los órganos que ejercen el control. Adoptar el control de convencionalidad en su versión actual, significaría que cualquier órgano público podría no aplicar el derecho interno, en base a una “interpretación” de la Convención Interamericana. Así, la discrecionalidad estatal es demasiado amplia, donde el ciudadano ya no posee certeza sobre quien fija el derecho aplicable y queda sujeto a infinidad de “interpretes” posibles. La segunda amenaza radica en la normativa de control. En su versión extrema, sería todo instrumento internacional de derechos humanos, independiente si los estados han

---

<sup>14</sup> Una segunda lectura dentro del enfoque acotado requiere una conexión más específica entre el Derecho internacional y los sistemas jurídicos nacionales, como la incorporación de la CADH en las constituciones de los Estados Partes, para justificar la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad” (Op. Cit. Paul, p. 78).

<sup>15</sup> Op. Cit. Henríquez, p. 125. También Op. Cit. Paul, p. 68.

<sup>16</sup> Op. Cit. Paul, pp. 69-70.

ratificado. Pero, incluso en su actual versión no hay claridad, por ejemplo, si la denominada jurisprudencia de la CIDH incluye sus opiniones consultivas, o bien, sobre si las sentencias de la CIDH son vinculantes para todos los Estados parte, es decir, con efectos generales<sup>17</sup>.

Por último, el control de convencionalidad afecta la libre autodeterminación democrática. En efecto, en su actual versión el control de convencionalidad significa que la CIDH se autoerige mediante su jurisprudencia como la más alta instancia jurídica de los países. En consecuencia, la validez de la Constitución y las leyes quedan sujetas al parecer de los ministros de turno de la Corte Interamericana. Desde esta perspectiva, el poder de la Corte para incidir en el devenir de los países es enorme. Así, aspectos problemáticos o debatidos en una democracia podrían ser impuestos vía sentencia. Un ejemplo ilustrativo es el caso antes mencionado de como la CIDH habilitó la fecundación asistida en Costa Rica, cuestión que era debatida. Por tanto, el control de convencionalidad no sólo rompe con el principio de soberanía, sino que, además, vía sentencia, la CIDH puede imponer concepciones morales que son altamente debatidas en el seno de una sociedad y aún no han sido resultas por sus órganos deliberativos<sup>18</sup>.

En síntesis, la actual versión del control de convencionalidad posee serias dificultades de legitimidad, en cuanto a su origen y efectos en la separación de poderes, certeza jurídica y autodeterminación democrática. Estos problemas se agravan en la medida que el control se vuelve más extenso. Y, precisamente, hoy existe incerteza sobre su posible evolución, porque existen doctrinas que defienden una versión extrema del mismo. Es por eso que resultan muy atingentes que, antes de cualquier consagración o aplicación de facto del control de convencionalidad, se definan las siguientes preguntas que formula la profesora M. Henríquez:

- a) ¿Puede decidir un órgano jurisdiccional internacional, por medio de sus sentencias, que su propia jurisprudencia sea vinculante para los Estados cuando estos no lo han resuelto así?;
- b) ¿La jurisprudencia interamericana tiene valor de precedente vinculante o es una guía o pauta interpretativa para el ejercicio del control interno de convencionalidad?;
- c) ¿Pueden los tribunales internos, en el ejercicio del control de convencionalidad, formular interpretaciones propias sobre las normas del derecho internacional convencional interamericano?;
- d) ¿Cómo se resolvería una posible colisión entre el control interno de convencionalidad y el control internacional de convencionalidad a propósito de la interpretación de la Convención?<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> De esta forma, la interpretación formulada por la Corte tendrá el mismo valor que la letra del Pacto, sin un texto expreso que lo haya sostenido en el ordenamiento internacional y sin que algunos ordenamientos internos le dispensen a la jurisprudencia valor de precedente vinculante (Henríquez 128).

<sup>18</sup> En ese sentido el profesor Paul destaca que “La Corte no está sujeta a un sistema adecuado de controles en su deber de interpretar la CADH. Por ello, la adopción del enfoque extensivo del control de convencionalidad otorgaría a la Corte el poder de un legislador absoluto” (Op. Cit, p. 69).

<sup>19</sup> Op. Cit. Henríquez, p. 128.

## II. ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA TERCERA SALA DE LA CORTE SUPREMA

Expuesto el origen, la evolución y los imprecisos y ambiguos márgenes del control de convencionalidad, así como los argumentos en contra de dicha figura jurídica, pasamos ahora a exponer y analizar su evolución en la tercera sala de la Corte Suprema.

### II.A. El control de convencionalidad en ocho sentencias

- 1) ***Hernández vs. Director Hospital Regional de Rancagua, 17 de Diciembre de 2013, rol n°12.418-2013:*** el presente caso es relevante, porque es la primera vez que se hace referencia explícita al control de convencionalidad en el voto disidente del ministro Sergio Muñoz. El fallo rechazó un recurso de protección interpuesto por una enfermera contratada a plazo en un hospital psiquiátrico, y que fue desvinculada por el término del contrato. La recurrente reclamó que la decisión era arbitraria e ilegal, por estar embarazada y tener fuero maternal. En primera instancia la Corte de Apelaciones de Rancagua rechazó el recurso, bajo el argumento que el director del hospital no tenía facultades para renovar el contrato a plazo. Llegado el recurso a la Corte Suprema, la tercera sala confirmó la decisión. Sin embargo, el ministro Muñoz redactó un voto disidente, en el cual razonó que las normas de derecho internacional sobre protección a la maternidad primaban sobre las razones de índole administrativa internas, a lo cual agregó el deber de todo tribunal de aplicar el control de convencionalidad:

Que el control de convencionalidad obliga a los tribunales nacionales a aplicar e interpretar los normas internas, en la forma en que mejor se cumplan los objetivos y finalidades de las disposiciones internacionales, con el objeto de cubrir con el manto de protección a todas las personas y en todos sus derechos, profundizando las consecuencias que de tales normas resultan especialmente beneficios para personas en condición de vulnerabilidad, única forma de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado por las decisiones de sus tribunales<sup>20</sup>.

- 2) ***Tejeda vs. Hospital Regional Rancagua, 15 de mayo de 2017, rol n°120-2017:*** la segunda sentencia marca un hito relevante, porque cuatro años después la tercera sala resuelve un caso idéntico al anterior, pero, esta vez, lo que fue el voto de minoría del ministro Muñoz el 2013, ahora es la posición mayoritaria. Por tanto, se acoge el recurso, bajo los mismos argumentos dados por el ministro Muñoz hace cuatro años en su voto disidente. Así el considerando undécimo del fallo declaró que:

Que el control de convencionalidad obliga a los tribunales nacionales a adaptar y entender la normativa interna, en la forma en que mejor se cumplan los objetivos y finalidades de la preceptiva internacionales ratificada por la nación, con la finalidad de cubrir con el manto de resguardo a todos los habitantes y en todos sus derechos, para profundizar los colofones que de aquella resultan especialmente favorables para sujetos en condición de vulnerabilidad, única manera de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado por las decisiones de sus tribunales<sup>21</sup>.

- 3) ***Muñoz vs. Lizama, 22 de mayo de 2018, rol n°450-2018:*** en la tercera sentencia, la tercera sala da un nuevo avance en el control de convencionalidad, porque invoca la jurisprudencia de la CIDH para

---

<sup>20</sup> Voto en contra, ministro Sergio Muñoz, sentencia CS rol n°12.418-2013.

<sup>21</sup> Sentencia CS, rol 120-2017.

interpretar el alcance del derecho a la libertad de expresión para acoger un recurso de protección interpuesto por un militante del Partido Comunista contra una publicación difamatoria en Facebook en su contra. Si bien, la invocación a la jurisprudencia de la CIDH ocupar un lugar subsidiario en la argumentación, es interesante notar como la tercera sala comienza adoptar la jurisprudencia del CIDH como una fuente interpretativa:

Que, no obstante la reconocida preferencia de que goza la libertad de expresión en virtud de su relevancia social, se ha dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto; éste puede ser objeto de restricciones” (Palamara V/S Chile, 2005), pero deben reunirse los siguientes requisitos: 1) debe existir algún mecanismo de sanción *ex post* en los casos de ejercicio abusivo; 2) deben establecerse por ley; 3) sólo pueden estar destinadas a la protección de los derechos o la reputación de otras personas, o de la seguridad nacional, el orden público, o de la salud y la moral públicas; y 4) deben ser restricciones necesarias en una sociedad democrática<sup>22</sup>.

4) **Canal 13 vs. Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2019, rol n°9152-2019:** en el presente caso, la tercera sala acogió un recurso de queja interpuesto por Canal 13 contra la Corte de Apelaciones de Santiago que condenó al canal producto de una rutina del humorista Yerko Copuchento que se refirió en términos groseros a la figura de la Virgen María. La tercera sala acogió el recurso de queja dejando sin efecto la sanción. Para efectos de nuestro análisis, la sentencia es interesante, porque en ella se invoca el control de convencionalidad para fundamentar dos posiciones contrarias. La primera posición es una extensa prevención del ministro Sergio Muñoz, en la cual da sus razones personales para justificar por qué en el presente caso prima el derecho de libertad de expresión, agregando que “esta ponderación resulta indispensable a la luz del control de convencionalidad que deben efectuar los tribunales”<sup>23</sup>. En contra, la exministra Eugenia Sandoval, en su voto disidente, invocó la CDHA, así como una opinión consultiva de la CIDH para argumentar que la sanción interpuesta al Canal 13 no constituía censura previa:

En opinión de esta disidente, la sanción establecida por el Consejo Nacional de Televisión, no es una medida de control preventivo de la libertad de expresión y no constituye por tanto, una medida de censura previa, sino que, tiene por objeto hacer efectiva la responsabilidad del concesionario de televisión, Canal 13 SpA, por no haber respetado el pluralismo en lo concerniente a la libertad religiosa, cumpliéndose al efecto los cuatro requisitos a que se refiere la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...<sup>24</sup>.

5) **Cruzat vs. Comisión para el Mercado Financiero, 21 de octubre de 2019, rol n°11.533-2019:** en esta sentencia, la tercera sala rechazó un recurso de ilegalidad interpuesto contra la Comisión del Mercado Financiero que aprobó la cesión de cartera entre Euroamérica S.A. y el Grupo Zurich. El reclamo de ilegalidad es muy llamativo, porque fundamenta la ilegalidad del CMF en no haber aplicado el control difuso de convencionalidad a la operación de la cesión de cartera. En otras palabras, el reclamante defendería una versión muy amplia del control de convencionalidad. Si bien el fallo desestimó el reclamo, éste es relevante porque en su argumentación muestra que la tercera sala ha adoptado en plenitud el control de convencionalidad, no como una cuestión accidental, sino como la cuestión de fondo. Además, la doctrina que cita deja entrever una aceptación de una versión amplia del control de

---

<sup>22</sup> Sentencia CS, rol n°450-2018.

<sup>23</sup> Voto de prevención ministro Sergio Muñoz, sentencia CS, rol n°9.152-2019.

<sup>24</sup> Voto en contra de exministra Eugenia Sandoval, sentencia CS, rol n°9.152-2019.



convencionalidad, en la cual se podrían controlar sustantivamente decisiones de organismo técnicos y autónomos. En efecto, en los considerandos sexto, séptimo y octavos los jueces razonan lo siguiente:

Sexto: Que, específicamente respecto del control de convencionalidad, se ha señalado por la doctrina: “consiste en el deber de los/as jueces/zas, órganos de la administración de justicia y demás autoridades públicas, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y demás instrumentos del sistema interamericano” (Constanza Núñez Donald. Bloque de Constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. En Anuario de Derechos Humanos. N°11, 2015, pág. 159).

La misma autora continúa destacando cuatro elementos que conforman el control de convencionalidad: “a) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública y d) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH dependiendo de las facultades de cada autoridad pública”(…)

Séptimo: Que resulta efectivo lo señalado por la actora en orden a que todo juez está llamado a efectuar un control de respeto y vigencia de las garantías fundamentales, velando por el respeto y efectiva vigencia del reconocimiento de los derechos humanos como estándar mínimo. Se trata de una obligación consustancial al ejercicio de la jurisdicción, cuya consecuencia inmediata es el deber de observar los derechos previstos en la Carta Fundamental y en los tratados internacionales, dando directa aplicación a sus disposiciones.

Octavo: Que es precisamente en razón de lo antes indicado, que resulta indispensable que en un reclamo como aquel que es objeto de estos antecedentes, se indiquen específicamente cuáles Tal presupuesto no se cumple en el escrito que contiene el reclamo de autos, como tampoco se cumplió en estrados, en tanto no se expresó de manera clara y precisa en qué consiste la antinomia denunciada y los preceptos que la constituyen<sup>25</sup>.

- 6) Fernández vs. Servicio de Registro Civil, 3 de julio de 2020, rol n°14.916-2020:** en este caso, la tercera sala rechazó un recurso de protección, en la cual una mujer de nacionalidad boliviana reclamó contra la negativa del Registro Civil a entregar una nueva cédula de identidad. La sentencia confirma la postura antes anotada: sus jueces han adoptado el control de convencionalidad como una especie de acción y proceso en sí mismo cuyo objeto es realizar un control del derecho interno a la luz de la Convención y la jurisprudencia de la CIDH:

Que, de la manera en que se reflexiona, aparece que no se está en presencia de un caso en que esta Corte deba realizar un control de convencionalidad conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las prácticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y al articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues -como se dijo- el Estado no desconoce el derecho a la nacionalidad y a la identidad de la recurrente, tratándose, en consecuencia, de un asunto de carácter interno que debe ser resuelto conforme a las reglas y principios que contempla el ordenamiento jurídico<sup>26</sup>.

- 7) Arias vs. Servicio de Registro Civil, 20 de julio de 2020, rol n°33.316-2019:** en este caso, la tercera sala rechazó un recurso de protección interpuesto ante la negativa del Registro Civil de inscribir en la partida de nacimiento a dos mujeres como madres de dos menores que fueron gestados mediante fertilización

---

<sup>25</sup> Sentencia CS, rol n°11.533-2019.

<sup>26</sup> Sentencia CS, rol n°14.916-2020.

asistida. La presente sentencia es muy importante en la evolución del control de convencionalidad, porque aborda el problema sobre la obligatoriedad de las opiniones consultivas emitidas por la CIDH. En el fallo, la tercera sala niega que las opiniones consultivas sean normas obligatorias para el control de convencionalidad, sin embargo, reconocen que la CIDH es la interpreta última de la Convención. Esta postura es importante, porque, en principio, alejaría a la tercera sala de posiciones extensivas extremas —al menos en cuanto el cuerpo normativo de control—:

Que, en cuanto a la obligatoriedad y fuerza vinculante que cabe reconocer a las opiniones consultivas de la CIDH, se hace necesario recordar lo que dispone el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Los Estados miembros de la Organización Por consiguiente, la opinión consultiva N° 24/17 no es propiamente una “sentencia” emanada de un órgano que ejerce jurisdicción y, por lo mismo resulta discutible la potestad de ejecución e imperio en relación con su contenido. De ahí que se trate, más bien, de un llamamiento a los Estados en orden a adecuar su legislación interna a la interpretación que la CIDH hace del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, específicamente, del articulado de la Convención, cuestión que el Estado de Chile ha cumplido el enviar al Parlamento los proyectos de ley sobre matrimonio igualitario y adopción homoparental, que actualmente se tramitan en el Congreso Nacional.

Ha de reconocerse, sin embargo, que por aplicación del artículo 64 de la Convención Americana y en una interpretación sistemática de su articulado, la Corte puede reformular y esclarecer las preguntas que planteen los Estados Parte, por lo que estas objeciones no parecen atendibles. De hecho, esa es precisamente su función primordial como intérprete último de la Convención Americana y de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos<sup>27</sup>.

**8) Comunidad Atacameña de Solor, 22 de julio de 2020, rol n°28.121-2019:** por último, revisamos un fallo de la tercera sala que rechazó una casación interpuesta por una comunidad indígena que reclamaba que el artículo tercero transitorio de la Ley Indígena (N°19.253) a la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Este fallo es relevante porque el análisis de convencionalidad constituye, una vez más, el fondo del juicio y, ya no es, como en otras ocasiones, un razonamiento subsidiario en el fundamento de la sentencia:

Que la conclusión antes anotada no importa la contravención al artículo 21 de la CADH, como tampoco de las normas constitucionales denunciadas como infringidas, pues si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando la norma internacional en referencia, ha reconocido la especial significación de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirlas a las generaciones futuras, así como las gestiones que ha de realizar el Estado para hacer plenamente efectivo este derecho, también ha señalado que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 29.b) de la Convención, ninguna disposición de ésta puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes” (...)

Ahora bien, el procedimiento de saneamiento descrito en el artículo 3º transitorio de la Ley Nº 19.253 se ajusta a la normativa internacional denunciada como infringida y a los estándares fijados sobre la materia en el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin que pueda ser admitida una interpretación como la propuesta por la Comunidad Indígena demandante (...)<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Sentencia CS, rol n°33.316-2019.

<sup>28</sup> Sentencia CS, rol n°28.121-2019.

## II.B Análisis de la jurisprudencia de la tercera sala sobre el control de convencionalidad

¿Qué podemos extraer de esta evolución jurisprudencial del control de convencionalidad en la tercera sala de la Corte Suprema? Lo primero es su posicionamiento: de ser un voto minoritario del ministro Sergio Muñoz, a una doctrina legitimada en la práctica jurisdiccional de la tercera sala. Y en esa legitimación, el control de convencionalidad evolucionó desde una doctrina subsidiaria, en la cual los jueces acudían a la Convención y la jurisprudencia de la CIDH como un argumento más para fundamentar su decisión, a transformarse en una verdadera “acción de inconventionalidad”, en la cual el control de convencionalidad es el fondo de la cuestión a decidir, donde el tribunal analiza la validez del derecho interno, en razón, de su adecuación a la Convención y la jurisprudencia de la CIDH.

Lo segundo, es claro que para la tercera sala la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la interprete última de la Convención y su jurisprudencia es vinculante para interpretar el sentido y alcance de los derechos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos. En esta misma línea, hasta ahora la tercera sala desechó que las opiniones consultivas sean vinculantes. Sin embargo, existen indicios de no ser una idea asentada entre los ministros. Por ejemplo, en la sentencia que desestimó la opinión consultiva, el juez Sergio Muñoz plasmó una prevención, en la cual expresó que estuvo por no formular dicha postura<sup>29</sup>. Por tanto, respecto al bloque normativo de control, la tercera sala estaría cercana a una versión acotada, es decir, sólo la CADH y la jurisprudencia de la CIDH serían vinculantes. Respecto a la normativa a controlar, es claro que tanto la ley, como las decisiones de órganos administrativos pueden ser objeto del control de convencionalidad.

Respecto a los organismos facultados para ejercer el control de convencionalidad, en casi todos los fallos, la tercera sala pone el énfasis en los jueces sin distinción, lo cual coincide con lo expuesto por la ministra Vivanco. Sin embargo, en el caso Cruzat vs. CMF la tercera sala, en un movimiento ambiguo, cita doctrina que afirma que el control deber ser practicado por cualquier organismo público. En consecuencia, queda la duda sobre el nivel de extensión del supuesto órgano competente para realizar el control ¿sólo los jueces o todo organismo público?

Por último, respecto, a las potestades del control, es decir, si el control de convencionalidad es una potestad interpretativa, o bien, normativa que habilitaría declarar inválida o inaplicable una norma, no hay certeza. Hasta ahora, en los fallos sólo se han dejado sin efecto actos administrativos, y en los casos que se impugnó una norma la tercera sala desechó los recursos. A su vez, la exposición de la ministra Vivanco nada dice sobre las potestades que habilita el control. Es posible especular que los ministros no descartan, según el caso, utilizar el control de convencionalidad en su dimensión normativa. La razón es que la actual posición de la tercera sala es muy cercana al control de convencionalidad en su versión formulada en Almonacid vs Arellano, en la cual se admitiría la potestad para anular el derecho interno contrario a la Convención.

En síntesis, la jurisprudencia muestra que para la tercera sala la figura del control de convencionalidad es totalmente legítima, en eso no hay duda. Sin embargo, no parece existir una formulación consistente y clara sobre los contornos del control, es decir, sobre los órganos competentes, el bloque normativo de

---

<sup>29</sup> Voto de prevención del ministro Sergio Muñoz, en sentencia CS, rol n°33.316-2019.

control y el derecho a controlar, así como la potestad que habilita, más bien, parece existir una construcción del caso a caso, en que la ambigüedad del control de convencionalidad estaría en función de ser una figura maleable en cuanto a su extensión para justificar y resolver lo que la tercera sala estima como justo para el caso concreto. En consecuencia, si el caso lo demanda la tercera sala podría adoptar una postura más extensa, por ejemplo, respecto al bloque de control, o bien, una postura más restrictiva según lo que está en juego. En otras palabras, el control de convencionalidad estaría al servicio de la ponderación.

En ese sentido, la actual aplicación del control de convencionalidad por parte de la tercera sala es objeto de las mismas críticas que se formularon más arriba para el control de convencionalidad aplicado por la CIDH, es decir, en su actual estado amenaza el Estado de Derecho y la separación de poderes, la certeza jurídica y lo más importante, la autonomía democrática.

### III. REFLEXIONES FINALES

Analizado el control de convencionalidad y su aplicación por la tercera sala de la Corte Suprema es imposible soslayar que el control de convencionalidad, en su finalidad, es razonable. En efecto su intención es dar efectividad a la Convención y las sentencias de la Corte, es decir, hacer efectiva la garantía de derechos humanos. Esto es especialmente necesario en estados fallidos o en dictaduras como Venezuela y Nicaragua.

Si bien su intención es positiva, y efectivamente pueden existir casos en que la normativa nacional sea anacrónica con la comprensión actual de un derecho humano, no se puede soslayar los importantes problemas de este medio creado por la CIDH, a saber, su potencial afectación a la seguridad jurídica, el Estado de Derecho y la autodeterminación democrática, más aún cuando no existe claridad sobre los límites del control de convencionalidad.

Por tanto, ante la solicitud de la ministra Vivanco de consagrar el control de convencionalidad, la pregunta ineludible es ¿qué poder estamos entregando a los jueces? Una figura jurídica de tal magnitud y con tanta ambigüedad ¿qué usos podría tener en manos de jueces que han manifestado una voluntad de erigirse a sí mismos como árbitros de la ley? ¿Acaso lo ocurrido con el recurso de protección no anticipa qué pasará con el control de convencionalidad, que es infinitamente más amplio?

En la práctica, el control entrega un enorme poder a los jueces. De ahí que su consagración constitucional sólo sea aconsejable si es regulado de manera pormenorizada y con férreos controles que eviten su instrumentalización.