

DOS TEORÍAS SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO EN CHILE A PARTIR DE LA EXPERIENCIA MEXICANA*

Williams VALENZUELA VILLALOBOS**

SUMARIO: I. *Punto de partida: situación actual en materia de control de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile.* II. *Bases teóricas del control de convencionalidad interno o difuso.* III. *Control de constitucionalidad en Chile.* IV. *Concepto de Constitución y jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en Chile.* V. *Control de convencionalidad en México.* VI. *Teorías sobre la implementación práctica del control de convencionalidad en Chile.* VII. *Reflexiones conclusivas.* VIII. *Bibliografía citada.*

I. UN PUNTO DE PARTIDA: SITUACIÓN ACTUAL EN MATERIA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE

La reforma constitucional de 2005 concentró el control de constitucionalidad —principalmente—¹ en el Tribunal Constitucional, que pasó a ejercer el

* Trabajo desarrollado durante la pasantía de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México durante los días 20 de enero y 21 de febrero de 2014, como becario de la Secretaría de Relaciones Exteriores del Gobierno de México, programa Alianza del Pacífico.

** Magister en derecho constitucional y derechos humanos de la Universidad de Talca (CECOCH); licenciado en ciencias jurídicas de la misma Universidad; abogado; profesor de derecho procesal y constitucional. Investigador del Centro de Estudios Constitucionales y Administrativos de la Universidad Mayor. Miembro de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y del Instituto Chileno de Derecho Procesal. Correo electrónico: *williams.valenzuela@umayor.cl*.

¹ Parte de la doctrina le ha atribuido el carácter de control de constitucionalidad concentrado, pero compartido, dadas las facultades de las Corte en materia de acción de amparo y protección de derechos fundamentales, conforme a los artículos 20 y 21 de la Constitución.

control preventivo, facultativo y obligatorio; y el control reparador, por medio de las acciones de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad. Es decir, se dejó atrás el anterior modelo de doble control concentrado, pasando a concretarse hoy en un solo parámetro de control y de dogmática constitucional.

Por su parte, el control de convencionalidad concentrado (o internacional) es y ha sido ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), quien por medio de su jurisprudencia, como intérprete última de la Convención Americana (CADH) y de sus protocolos adicionales, juzga la “convencionalidad” de los actos y omisiones de los Estados parte al resolver los casos sometidos a su jurisdicción. Mas dicho control hoy se ha extendido, pasando a desarrollarse la doctrina del denominado control de convencionalidad interno o difuso, donde todos y cada uno de los agentes estatales serían parte del sistema interamericano, debiendo velar por la convencionalidad de sus actuaciones, dentro de la esfera de sus competencias.

Claramente el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad interno a difuso (que es al que me referiré principalmente) representan sistemas de controles diversos, teniendo cada uno de ellos parámetros de cotejo diferentes y distintos sujetos llamados a ejercer la actividad controladora de que se trate.

Ahora bien, si partimos de una interpretación adecuada y aplicamos correctamente el principio pro persona a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5o. de la Constitución Política de la República, se puede arribar a conclusiones no muy bien advertidas en el ámbito chileno, ya que si otorgamos jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la escisión entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad desaparece, quedando reducido el mecanismo de protección de los derechos fundamentales al simple control de constitucionalidad. Lo anterior tiene una ventaja clara: el hecho que le otorguemos jerarquía constitucional a los tratados o aun solo a su contenido (Constitución material) permite armonizar de mejor forma las posibles antinomias entre los derechos de fuente internacional y los de fuente nacional; de lo contrario, si se le otorga jerarquía supra o infraconstitucional, las antinomias serán rápidamente resueltas por aplicación del principio —muy arraigado en Chile— de la jerarquización de las fuentes formales del derecho, mermando los atributos de la dignidad humana.

En efecto, se pretende establecer dos modalidades prácticas de cómo implementar el control de convencionalidad en Chile, las que tienen como punto de partida el concepto que se tenga de Constitución, y la jerarquía que se le atribuya a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

La primera teoría que se explicará parte de un concepto de Constitución formal, donde ambos sistemas de control corren por carriles diversos, teniendo múltiples sujetos llamados a ejercer cada uno de las modalidades; la segunda, parte de una concepción material de la Constitución, y le atribuye jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, existiendo un solo sujeto obligado principalmente obligado a ejercer ambas modalidades de control (sin perjuicio de la facultad de los demás órganos), haciendo “sinónimos” control de constitucionalidad y control de convencionalidad.

Finalmente, es necesario dejar establecido que en Chile no existe un real control de convencionalidad. Dicho mecanismo protector de la dignidad humana no ha sido asumido explícitamente por la judicatura ordinaria ni por el Tribunal Constitucional.

II. BASES TEÓRICAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO O DIFUSO

El control de convencionalidad interno o difuso, enunciado por la Corte IDH, obliga a todos los agentes estatales a velar de oficio por la convencionalidad de las normas a aplicar a aquellas actuaciones que sean de su competencia. Dicho mecanismo fue desarrollado por primera vez² en la sentencia *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, donde en una primera etapa compelió solo a los jueces a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas a aplicar en un caso concreto y la CADH y la jurisprudencia que de ella misma ha emanado, como intérprete última de la Convención.³ Dicho mecanismo protector de la dignidad humana y de los

² Miguel Carbonell señala que el control de convencionalidad tiene su origen en el voto concurrente de Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (Carbonell, Miguel, *Teoría de los derechos fundamentales y del control de convencionalidad*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 141).

³ “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención

derechos humanos ha venido evolucionando a través del tiempo. Así, en 2010 sentenció la Corte:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. 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.⁴

Así, el control de convencionalidad⁵ encontraría su sustento en el artículo 2o. de la Convención Americana (y artículos 1.1, 29, 68 y 69 de la misma), debido a que los Estados deben adecuar sus ordenamientos internos a las disposiciones de la Convención, para lo cual deben adoptar las medidas legislativas “y de otro carácter” necesarias para tal cometido. Las medidas de otro carácter “son, entre otras, las resoluciones judiciales, a través de las cuales debe cumplirse con el objeto de respetar y garantizar los derechos e impedir que

Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Almonacid Arellano y Otros vs. Chile”, 26 de septiembre de 2006, párrafo 124).

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, 26 de noviembre de 2010, párrafo 225.

⁵ Véase también Nash Rojas, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos*, Santiago, CECOCH, Editorial Librotecnia, 2012, pp. 359-386.

el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en virtud de sus propios actos jurisdiccionales”.⁶

Asimismo, debemos recordar que los tratados internacionales en materia de derechos humanos adquieren una fisonomía propia, que los diferencia, por ejemplo, de los acuerdos internacionales en materia económica. Si bien toda convención internacional genera obligaciones en términos formales, los acuerdos en materia de derechos fundamentales (especialmente en Chile) constituyen un límite al ejercicio de la soberanía estatal, que no solo implica asegurar y respetar los derechos, sino también promoverlos, debiendo eliminar los obstáculos o barreras que impidan su legítimo goce y ejercicio.

En dicho plano de ideas, y siguiendo a Humberto Nogueira, podemos señalar que los alcances del control de convencionalidad interno o difuso se pueden sistematizar de la siguiente forma:

1. Todos los órganos del Estado Parte, incluidos los jueces de todos los niveles están obligados a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, concretando un control de convencionalidad de las normas jurídicas internas;

2. Este control de convencionalidad deben realizarlo los jueces nacionales y los demás órganos estatales *ex officio*, otorgándole un efecto útil que no sea anulado por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin;

3. En dicho control debe tenerse en consideración no sólo el tratado sino la interpretación que de éste ha realizado la Corte Interamericana como su interprete auténtico y final;

4. El control de convencionalidad se ejerce por cada órgano estatal y por los jueces dentro de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales vigentes;

5. En base al control de convencionalidad es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, y

6. En el control de convencionalidad no se aplica sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino el *corpus iuris* vinculante para el Estado parte, en virtud del artículo 29 de la CADH”.⁷

⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos*, Santiago, CECOCH, Librotecnia, 2012, p. 298.

⁷ Nogueira, Humberto, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ReDCE*, Montevideo, núm. 19, enero-junio de 2013, pp. 240 y 241.

Los jueces nacionales (y todos los órganos del Estado) pasan a ser partes del sistema interamericano, lo que los obliga a controlar la convencionalidad de las normas a aplicar en el caso concreto que deban resolver. Así, la Corte IDH pasaría solo a cumplir un rol subsidiario o de *ultima ratio* de los casos en que los Estados no han sido capaces de respetar las obligaciones generales que les imponen los artículo 1.1 y 2o. de la Convención. En efecto, a la Corte solo deberían llegar aquellas situaciones graves y que fueron imposible prever o de solucionarse en el orden jurisdiccional interno de cada país.

Si las conductas de los agentes estatales (y particulares) y —principalmente— la labor que le compete a la judicatura en la materia fueran capaces y consientes de dar un adecuado cumplimiento a las obligaciones que el Estado, libre y voluntariamente, ha adquirido, los casos de condena deberían ser nulos o mínimos. De esta forma, todos los órganos del Estado están vinculados por las obligaciones que emanan de la CADH, y su principal misión es la de asegurar, respetar y promover los derechos esenciales de la persona humana.

La entrega de una solución adecuada y justa, en el orden interno, impide que el justiciable se vea expuesto a un extenso proceso ante el sistema interamericano y, al mismo tiempo, implica dotar y llenar de contenido la labor de la judicatura, que está obligada a aplicar el ordenamiento vigente, del cual forman parte los tratados internacionales, ratificados y que se encuentren vigentes; asimismo, no debemos olvidar que vía inciso segundo del artículo 5o. de la Constitución, dichos instrumentos en materia de derechos humanos, además, limitan el ejercicio de la soberanía estatal. En dicha línea, la tarea de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado debe ser conforme a derecho, debiendo y pudiéndose aplicar directamente las normas internacionales, incorporadas al derecho interno. En efecto, no debemos olvidar que los derechos recogidos en dichos instrumentos se incorporan válidamente al derecho interno, pasando a ser parte del ordenamiento jurídico vigente del Estado de Chile.

Lo anterior se vincula claramente con el principio *iura novit curia*: los jueces conocen el derecho y, por tanto, deben salvaguardar los derechos convencionalmente asegurados, dado que forman parte del ordenamiento que deben aplicar a los casos sometidos a su decisión. Así, la judicatura está obligada a velar por el efecto útil y eficacia a la CADH:

Quando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la

aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

De otra parte, y como señalábamos, la Corte IDH ha venido ampliando el número de sujetos obligados a ejercer el control de convencionalidad interno (recuérdese que en el caso *Almonacid Arellano* estableció que dicha obligación solo pasaba por los jueces nacionales). En efecto, podemos sistematizar dicha evolución de la siguiente forma:⁸

Primera etapa: los miembros del Poder Judicial (*Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*);⁹

Segunda etapa: todos los órganos del Poder Judicial (*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*);¹⁰

Tercera etapa: jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos sus niveles (*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*),¹¹ y

Cuarta etapa: cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (*Gelman vs. Uruguay*).¹²

Cabe señalar, asimismo, que el control de convencionalidad es plenamente obligatorio y vinculante para cualquier autoridad pública perteneciente al Estado de Chile. Dicha afirmación se extrae de los siguientes antecedentes:¹³ i) las sentencias condenatorias del Estado chileno que hacen expresa referencia al deber de los agentes estatales¹⁴ de ejercer el control de

⁸ Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, FUNDAP, 2012, p. 18.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*”, 26 de septiembre de 2006, párrafo 124.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”, 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, 26 de noviembre de 2010, párrafo 225.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Gelman vs. Uruguay*”, 24 de febrero de 2011, párrafo 193 y especialmente 239.

¹³ Siguiendo la argumentación de Ferrer, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos*, México, UNAM, Porrúa, 2013, pp. 340 y 341.

¹⁴ Si bien en los primeros fallos se hace referencia solo al juez nacional, el último criterio jurisprudencial de la Corte obliga a toda autoridad pública a efectuar el control de convencionalidad.

convencionalidad (principalmente los casos *Almonacid Arellano* y *Atala Riffo*); *ii*) lo establecido en los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos), 2o. (obligación de adecuar el ordenamiento interno) y 29 (normas de interpretación más favorable) de la CADH, vigentes en Chile desde el 5 de enero de 1991; *iii*) lo dispuesto en los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en Chile desde el 22 de junio de 1981; *iv*) la reforma constitucional de 1989, vigente desde el 17 de agosto de 1989, particularmente en la introducción de la frase final al inciso segundo del artículo 5o. constitucional, y *v*) a la declaración expresa del Estado de Chile, en el Instrumento de Ratificación ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos del 21 de agosto de 1990, en el sentido de reconocer de pleno derecho la competencia de la Corte IDH relativa a la interpretación y aplicación de la CADH de conformidad con su artículo 62.

En consecuencia, para los efectos de este análisis, es necesario asentar dos ideas centrales: primero, que el control de convencionalidad debe ser efectuado por todos los jueces naciones y demás órganos estatales *ex officio*, de ahí que nos enfrentamos a un sistema de control difuso o difundido. Asimismo, y en segundo lugar, que el parámetro de control que deben tener los sujetos obligados a efectuar este tipo de control, para salvaguardar la eficacia de la CADH, es la propia Convención, sus protocolos adicionales, la interpretación que de éstos ha efectuado la Corte IDH (jurisprudencia del sistema interamericano) y, conforme al artículo 29 de dicho instrumento, el *corpus iuris* vinculante para el Estado parte, lo que podemos denominar “bloque de convencionalidad”.

Con base en dichas premisas, cabe ahora entrar a analizar el sistema de control de constitucionalidad vigente en Chile y determinar el parámetro o test que debe tener a la vista el juez constitucional a la hora de resolver las cuestiones que son de su competencia.

III. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CHILE¹⁵

La reforma constitucional de 2005 representó, sin lugar a dudas, la mayor reestructuración de la Constitución Política de 1980 (no debemos olvidar la importancia de la reforma de 1989). Entre sus motivos principales se encuentra el gran acuerdo político entre la Alianza por Chile y la Concer-

¹⁵ Valenzuela, Williams, *El control reparador de constitucionalidad de las normas legales: un análisis comparativo de los tribunales constitucionales de Chile e Italia*, Santiago, EJS, 2012, *passim*.

tación de Partidos por la Democracia, para erradicar la mayor parte de los enclaves autoritarios vigentes en la carta fundamental y poner término así, al denominado periodo de “transición política”. La reforma se inició por dos mociones parlamentarias¹⁶ de 2000, donde se propusieron cambios en materia de composición y atribuciones del Congreso Nacional, en la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional, entre otras.

En lo que dice relación con el control de constitucionalidad, se puede sostener que las principales modificaciones apuntaron por el establecimiento de un sistema concentrado,¹⁷ donde el Tribunal Constitucional velara en forma exclusiva y excluyente por la supremacía constitucional, sin perjuicio de la competencia de los demás órganos constitucionales. Así, se recogieron parte de las críticas que se plantearon a propósito del sistema mixto o de doble control concentrado de constitucionalidad que desarrolló el texto original de la Constitución.

En el modelo de control anterior a 2005, la Corte Suprema tenía competencia en forma reparadora o *a posteriori*, por medio de la acción de inaplicabilidad del antiguo artículo 80 y, asimismo, el Tribunal Constitucional concretaba el control preventivo o *a priori*, facultativo u obligatorio. Ahora bien, el actual artículo 93 de la carta fundamental mantuvo la competencia preventiva, facultativa u obligatoria, de la magistratura constitucional en materia de proyectos de ley, añadiéndose la competencia de controlar la constitucionalidad de los preceptos legales vigentes, por medio de dos acciones: la de inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad. La primera obedece (con algunas modificaciones mayores) a la facultad que el artículo 80 le otorgaba a la E. Corte Suprema, y la segunda, representa una facultad inédita en nuestro sistema, ya que permite (de cumplirse los supuestos constitucionales) la expulsión —verdadera derogación— de un precepto legal del ordenamiento jurídico, con efectos *erga omnes* y *ex nunc*.

1. *La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*

El recurso o acción de inaplicabilidad está encaminado a obtener una declaración del Tribunal Constitucional que prohíba la aplicación de de-

¹⁶ Moción correspondiente al *Boletín* 2.526-07: senadores Andrés Chadwick, Sergio Díez, Hernán Larraín Fernández y Sergio Romero Pizarro, y moción correspondiente al *Boletín* 2534-07: senadores Sergio Bitar Chacra, Juan Hamilton Depassier, Enrique Silva Cimma y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

¹⁷ Pica, Rodrigo, *Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional*, 2a. ed., Santiago, EJS, 2012, p. 46.

terminado precepto legal en una gestión judicial pendiente, dado que de recibir aplicación, se producirían efectos contrarios a la Constitución, salvaguardándose así la supremacía constitucional y la indemnidad de la carta fundamental. El anterior ministro del Tribunal, Juan Colombo, la define como “la facultad que la Constitución otorga al Tribunal Constitucional para declarar que un precepto legal invocado como norma de aplicación decisiva en un caso concreto en *litis*, es o no contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el juez que conoce del asunto cuando el requerimiento sea acogido”.

De la jurisprudencia podemos sostener que la competencia que el numeral 6o. del artículo 93 de la Constitución entregó al Tribunal Constitucional consiste precisamente en que:

El Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución.¹⁸

En otras palabras, la inaplicabilidad es una acción constitucional, que tiene como sujetos legitimados al juez de una determinada gestión pendiente, que se sigue ante un tribunal ordinario o especial de la República, o a las partes de la misma gestión judicial; para que aquél, con base en un interés objetivo (la supremacía constitucional) o estos, en mérito de intereses subjetivos,¹⁹ soliciten, en cualquier estado procesal de la causa, al Tribunal Constitucional, que declare inaplicable un precepto legal, ya que de recibir aplicación produciría efectos contrarios a la Constitución.

A. *Regulación de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*

La regulación de la acción de inaplicabilidad se encuentra recogida en el propio texto de la Constitución. Así, el artículo 93, núm. 6, dispone:

Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

¹⁸ Tribunal Constitucional, Rol 480, 27 de junio de 2006, considerando 27.

¹⁹ Véase en este sentido fallo del Tribunal Constitucional, Rol 1029 (considerando 6o.).

Agrega el inciso undécimo del mismo precepto, que:

En el caso del núm. 6, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Fuera de la regulación constitucional, debe tenerse a la vista lo prescrito en la LOCTC²⁰ 17.997, contenida hoy en el DFL 5 del 1o. de junio de 2010, publicado en el *Diario Oficial* el 10 de agosto del mismo año, que recoge el texto refundido, coordinado y sistematizado de dicha ley.²¹ Así, en la LOCTC encontramos regulación genérica en materia de procesos ante el Tribunal y la regulación específica que complementa lo prescrito en el numeral 6 e inciso undécimo del citado artículo 93. Finalmente, cabe agregar la regulación que se encuentra en los autos acordados que el propio Tribunal Constitucional ha dictado, en especial debe tenerse a la vista el Auto Acordado sobre Ingresos, Formación de Tablas y Vista de las Causas del 12 de noviembre de 2009.

B. Naturaleza y características de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Podemos señalar sobre la naturaleza y características de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo siguiente:²²

1. Es una competencia privativa y excluyente del Tribunal Constitucional;

²⁰ Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

²¹ Que fuera modificada por la Ley núm. 20.381.

²² Sistematizado de Peña Torres, Marisol, "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en Nogueira Alcalá, Humberto (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2009, pp. 406-413, y de Pica, Rodrigo, *Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional*, Memoria de magister en derecho constitucional, prof. guía Juan Colombo Campbell, Santiago, Universidad de Talca, CECOCH, 2008, pp. 66-68.

2. Es una acción. Agrega la magistrado Marisol Peña, que se ha mantenido su naturaleza de acción constitucional, pues se encuentra instituida directamente por la Constitución;
3. La acción de inaplicabilidad está dirigida a impugnar preceptos legales concretos y determinados, que en su aplicación produzcan efectos contrarios a la Constitución; es decir, el recurso posee una pretensión específica de que no se aplique un precepto legal a una causa determinada, por ser contrario a la Constitución. Cita Peña, a modo de ejemplo, lo que ha sostenido el propio Tribunal Constitucional respecto de esta característica, que “la presente acción de inaplicabilidad se encuentra dirigida... contra diversos textos legales en su conjunto y de manera completa y genérica, lo cual ciertamente no es consistente con la filosofía de la acción de inaplicabilidad...”.²³
4. Representa una modalidad de control concreto de constitucionalidad de la ley, pues lo que se pretende es la inaplicabilidad de un precepto legal a un caso concreto, por ser contrario a la Constitución. Al respecto, la magistratura constitucional ha sostenido que

las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírsele antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo que no implica necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional.²⁴

5. Produce efectos *inter partes* y *ex tunc*;
6. Opera *ex post*; es decir, respecto de preceptos legales vigentes;
7. Son sujetos con legitimación activa el juez y las partes de la gestión;
8. Una sala conoce de su admisión a trámite y admisibilidad, y el pleno del Tribunal resuelve el fondo de la acción;
9. Los requisitos de admisibilidad del requerimiento están establecidos en la propia Constitución, sin perjuicio de lo que señala la LOCTC;
10. El ejercicio de la competencia, por parte del Tribunal Constitucional, limita con el mérito de la norma; es decir, es un control de derecho estricto, no pudiendo el Tribunal pronunciarse sobre la justicia, oportunidad o conveniencia de la norma impugnada;

²³ Tribunal Constitucional, Rol 654, 30 de mayo de 2007.

²⁴ Tribunal Constitucional, Rol 623, 10 de septiembre de 2007.

11. El recurso de inaplicabilidad no constituye una acción de amparo de derechos fundamentales;²⁵
12. La acción de inaplicabilidad produce un efecto negativo y otro positivo. El negativo se configura al acogerse la declaración de inaplicabilidad respectiva, ya que en dicho caso queda prohibido al tribunal que conoce de la gestión aplicar el precepto cuestionado, y el efecto positivo se genera cuando el Tribunal desecha la acción de inaplicabilidad intentada y, por tanto, el juez es soberano en la determinación del derecho aplicable;
13. La acción de inaplicabilidad no tiene por objeto sustituir la labor que le compete al legislador y al juez del fondo, y
14. La inaplicabilidad está dirigida tanto a examinar la constitucionalidad de fondo como la de forma. El Tribunal Constitucional, en relación con lo anterior, ha señalado que

habiendo formulado la requirente cuestionamiento de forma y fondo, se procederá, como ha sido la práctica invariable de este Tribunal, a analizar primeramente los presuntos vicios formales, por ser la fórmula que más se aviene con la razón, de estar viciado en su formación, el precepto legal impugnado no será tal y deberá acogerse el requerimiento, por lo que carecerá de toda utilidad analizar, además, las inconstitucionalidades de fondo de que pudo adolecer.²⁶

2. *La acción de inconstitucionalidad*

La reforma constitucional de 2005 introdujo, por primera vez en Chile —como señalábamos—, la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico un precepto legal vigente por ser contrario a la Constitución, con efectos generales y pro futuro. En la discusión de dicha modificación constitucional se sostuvo la necesidad de traspasar la competencia del antiguo artículo 80 de la Constitución al Tribunal Constitucional dividida en dos acciones distintas: la de inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad.²⁷

²⁵ Si bien no representa una acción “directa” de amparo de derechos fundamentales, no debemos olvidar que en ciertos casos opera como una vía “indirecta” de tutela de derechos fundamentales. En efecto, pueden consultarse como ejemplo los fallos Roles 781, 944 y 815.

²⁶ Tribunal Constitucional, Rol 535, del 8 de mayo de 2007.

²⁷ Durante la tramitación de la reforma, en la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el entonces ministro del Tribunal Constitucional, señor Colombo Campbell, sostuvo que “en materia de atribuciones de este organismo —refirién-

Así, el juicio de inconstitucionalidad se vincula con la contradicción abstracta y absoluta de un precepto legal vigente, previamente declarado inaplicable, con la carta fundamental, no existiendo ni pudiéndose dar lectura alguna conforme a la Constitución. El propio Tribunal Constitucional ha reafirmado dicho carácter del proceso de inconstitucionalidad al señalar:

Que el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que expulsa el precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales y derogatorios...²⁸

Cabe señalar que la acción de inconstitucionalidad está expresamente vinculada a la declaración de inaplicabilidad, puesto que la Constitución exige que el precepto legal a expulsar del ordenamiento jurídico haya sido previamente declarado inaplicable en una gestión judicial determinada. Asimismo, las principales novedades del proceso de inconstitucionalidad están dadas, por un lado, por el hecho de concederse acción pública para iniciar el juicio de inconstitucionalidad, y, por el otro, con la facultad del Tribunal Constitucional para actuar de oficio en la materia:

La conveniencia de formular tal declaración en función de la adecuada coherencia que debe guardar el ordenamiento jurídico con lo prescrito en la Constitución Política y, consecuentemente, atendiendo al interés general que ella envuelve...

Que, tal como consta en los antecedentes de la tramitación de la reforma constitucional de agosto de 2005, materializada a través de la Ley núm. 20.050, el sentido de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto

dose al Tribunal Constitucional— planteó incluir algunas nuevas... en consecuencia, la primera gran reforma que propuso es sustraer del conocimiento de la Corte Suprema el recurso de inaplicabilidad a que se refiere el artículo 80 de la Constitución y entregarlo al Tribunal Constitucional, con el objeto de concentrar el principio de supremacía constitucional en un solo organismo. El recurso de inaplicabilidad, continuó diciendo, debería pasar al Tribunal Constitucional dividido en dos tipos de acciones, una de inaplicabilidad y otra de inconstitucionalidad. La acción de inaplicabilidad pasaría en los mismos términos en que está concebida actualmente en el artículo 80. Vale decir, el Tribunal, en los casos que conozca o que le fueran sometidos en recurso interpuesto en cualquier gestión, puede declarar inaplicable un precepto legal que sea contrario a la Constitución” (extraído de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley núm. 20.050; fuente: página web de la Biblioteca del Congreso Nacional [fecha de consulta: 2 de octubre de 2012] en <http://www.bcn.cl>).

²⁸ Tribunal Constitucional, Rol 1254, 29 de julio de 2009, considerando 27.

legal, como nueva atribución conferida al Tribunal Constitucional, tiene directa relación con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley...²⁹

En síntesis, la acción de inconstitucionalidad puede ser activada de oficio por el propio Tribunal Constitucional o por cualquier ciudadano (acción pública de constitucionalidad), para censurar la inconstitucionalidad abstracta y absoluta de un precepto legal previamente declarado inaplicable, a efectos de que sea expulsado del ordenamiento jurídico (verdadera derogación) con efectos generales y pro futuro, desde la publicación del fallo en el *Diario Oficial*.

A. *Regulación de la acción de inconstitucionalidad*

Expresa el numeral 7o. del artículo 93 de la Constitución, que

Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.

Agrega el inciso duodécimo del mismo artículo, que

En el caso del número 7, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6 de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio.

Como la norma constitucional lo expresa, y de igual forma, como se señaló respecto de la acción de inaplicabilidad, debe tenerse en consideración la regulación contenida en la LOCTC y en los autos acordados sobre la materia.

B. *Naturaleza y características de la acción de inconstitucionalidad*

Podemos señalar sobre la naturaleza y características de la acción de inconstitucionalidad, lo siguiente:

²⁹ Tribunal Constitucional, Rol 681, 26 de marzo de 2007, considerandos 4o. y 5o.

1. Es una competencia privativa y excluyente del Tribunal Constitucional;
2. Es una acción en caso de ser promovida por una persona natural o jurídica (acción pública de inconstitucionalidad). Si el Tribunal actúa de oficio es una facultad y no un deber de este. En efecto, se ha sentenciado

que sin perjuicio de los presupuestos ya anotados, que se desprenden del propio texto del artículo 93, inciso primero, núm. 7 e inciso duodécimo de la Constitución, debe tenerse presente que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en sentencia previa no constituye un deber para el Tribunal Constitucional, sino que únicamente una facultad que se ejercerá en la medida que ninguna interpretación del precepto impugnado permita su ajuste con la carta fundamental. Así ha sido ya afirmado por esta propia Magistratura, en sentencia Rol núm. 681, de 26 de marzo de 2007 (considerando 8o.).³⁰

3. Representa una modalidad de control abstracto de constitucionalidad de la ley, dado que se contrasta directamente la norma, previamente declarada inaplicable, con el texto de la Constitución. El propio Tribunal Constitucional ha señalado al respecto que “el juicio que ha de emitirse en una acción de inconstitucionalidad exige, por los mismos efectos generales del fallo, un análisis abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye que el texto legal, en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental”.³¹
4. Opera *ex post*, es decir, respecto de preceptos legales vigentes;
5. La declaración de inconstitucionalidad produce efectos generales y *ex nunc*. El inciso tercero, parte final, del artículo 94 de la Constitución, señala que “el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”;
6. Es presupuesto procesal la declaración previa de inaplicabilidad del precepto legal ahora cuestionado de inconstitucional. En efecto, el artículo 101 de la LOCTC dispone que “La declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que

³⁰ Tribunal Constitucional, Rol 1173, 16 de abril de 2009, considerando 4o.

³¹ Tribunal Constitucional, Rol 1345, 25 de mayo de 2009, considerando 2o.

fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”;

7. El proceso de inconstitucionalidad puede iniciarse por el propio Tribunal Constitucional actuando de oficio o por una acción pública de inconstitucionalidad;
8. El pleno resuelve el fondo de la acción, quien deberá adoptar el acuerdo por la mayoría de los cuatro quintos de sus miembros en ejercicio. Si el proceso de inconstitucionalidad se inicia por acción pública, deberá el pleno admitirlo a tramitación y, posteriormente, declararlo admisible;
9. Los requisitos de admisibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad están establecidos en la LOCTC;
10. Constituye una medida de *ultima ratio*:

en todo caso, es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado del órgano legislativo —expresión éste irrecusable de la soberanía popular—, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto.³²

Establecidos los mecanismos de control de constitucionalidad respecto de los preceptos legales vigentes, cabe hacer una prevención, también, fuera de dichas competencias, el Tribunal Constitucional posee otras tantas de igual relevancia, por medio de las cuales también debe velar por la convencionalidad de los actos sometidos a su conocimiento. En otra área, pese a los cuestionamientos que recibe el sistema de control preventivo, facultativo u obligatorio, de constitucionalidad de los proyectos de ley, necesario es afirmar una ventura, respecto a la posibilidad inmejorable que existe en nuestro medio (de efectuar el Tribunal un verdadero control de convencionalidad, como no lo ha efectuado a la fecha) de impedir que preceptos legales entren en vigor por exponer el Estado a eventuales condenas por violación de derechos humanos. Con todo, cabe reiterar la crítica de la doctrina, cada vez más álgida, sobre la ilegitimidad de dicho mecanismo y las eventuales reformas que podrían sufrir las competencias de la magistratura constitucional en la materia.

En el siguiente apartado se analizará un tema capital para elaborar las teorías sobre la implementación práctica del control de convencionalidad

³² Tribunal Constitucional, Rol 558, 5 de junio de 2007, considerando 18.

en Chile, partiendo siempre de la base de que lo que se busca es la mayor protección y vigencia de la dignidad humana y los derechos esenciales que de ella emanan. Por ello, determinaremos qué es Constitución y la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

IV. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE

No es baladí el concepto que se tenga de Constitución, puesto que de él dependen una serie de consecuencias jurídicas para todo el sistema institucional, independiente del Estado de que se trate. Si atendemos a la Constitución como su mero texto formal, el que se agota en su propia letra, estaremos arbitrariamente reduciendo el alcance y eficacia normativa de la ley fundamental, mas si creemos que la Constitución no se agota en su texto, que ella contiene un sinnúmero de cláusulas de textura abierta dispuestas a ser dotadas de contenido, conforme a la tabla de valores y principios que contiene, obtendremos un resultado claramente diverso, ampliando la eficacia normativa y la vigencia del texto constitucional.

Con todo, no cabe a priori otorgar un carácter negativo al concepto de Constitución que se maneje, dado que lo que se busca es siempre ampliar la vigencia, respeto y promoción de la dignidad humana y los derechos fundamentales que de ella emanan, por ello independiente de la concepción que se maneje, mientras no reduzcamos artificialmente la supremacía del texto constitucional (el ordenamiento jurídico nace y se estructura a partir de la carta fundamental) y su eficacia normativa (la Constitución es una norma jurídica, de especiales características, que como tal debe ser aplicada y respetada), la elección de uno u otro, en cierta medida, podría resultar trivial.

De esta forma, el control de constitucionalidad no es ajeno al concepto de Constitución que se maneje. En efecto, determinar qué es Constitución³³

³³ El exministro Correa Sutil nos plantea dicha interrogante, que, en definitiva, pone de relieve los problemas que se han generado al interior del Tribunal Constitucional, sobre todo en materia de derechos fundamentales, toda vez que el precepto cuestionado de constitucionalidad ha de ser contrastado con el texto formal de la Constitución Política o con ésta, “aumentada” por los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales (por aplicación del inciso segundo del artículo 5o. de nuestra carta fundamental).

En definitiva, Correa Sutil plantea la necesidad de determinar el sentido y alcance del vocablo *Constitución* contenido en el numeral 6o. del artículo 93 de la carta fundamental. De esta forma, creemos que en el test de constitucionalidad ha de tenerse en consideración los tratados de derechos fundamentales, cuyo contenido, constituye —a lo menos— Constitución en sentido material (Valenzuela, Williams, *op. cit.*, nota 15, pp. 130 y 131).

es una cuestión capital a la hora de que el Tribunal Constitucional (o el órgano de que se trate) desarrolle el control de constitucionalidad respectivo. En Chile, no cabe duda que nuestro texto formal se ve aumentado por los atributos y garantías asegurados en el derecho internacional de los derechos humanos, tanto a nivel convencional como consuetudinario; las normas de *ius cogens* y los derechos implícitos. La carta fundamental reconoce que los derechos esenciales que emanan de la persona humana limitan el ejercicio de la soberanía estatal e impone del deber de aseguramiento, respeto y promoción de los derechos recogidos en la Constitución y en los tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En dicha línea, el Tribunal Constitucional ha recurrido al derecho convencional internacional de los derechos humanos, solo como criterio y fundamento de sus sentencias:

Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5o., inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.³⁴

De esta forma, el concepto de Constitución a que alude el artículo 93 de la carta fundamental (que establece las competencias del Tribunal Constitucional), y con base en una interpretación armónica, sistemática y finalista (en relación con los artículos 1o. y 5o., inciso segundo), es material, así es posible afirmar que en materia de derechos fundamentales la Constitución no se agota en su texto formal, debiéndose tener en consideración las obligaciones internacionales que Chile ha asumido en la materia específica de que se trate.

El test de constitucionalidad así expresado exige un adecuado conocimiento y especialización en materia de derecho internacional de los derechos humanos, ya que el juez constitucional a la hora de resolver un caso particular no puede ni debe desconocer el bloque constitucional del respectivo derecho (o en términos más específicos, no puede desconocer el bloque de convencionalidad respectivo).

En consecuencia, el parámetro de control que debe usar el Tribunal Constitucional a la hora de ejercer sus facultades no se agota en el texto formal de la Constitución, dado que los derechos de fuente internacional

³⁴ Tribunal Constitucional Rol 1340, 29 de septiembre de 2009, considerando 10.

forman parte, en sentido material, del texto constitucional, y, asimismo, al ser el Tribunal un órgano más del Estado está vinculado por las obligaciones internacionales suscritas, como expresamente lo ha reconocido la Corte IDH.

En síntesis, de las reflexiones anteriores se desprende que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional. Ya señalaba que atribuirle un rango supraconstitucional generaría una consecuencia perniciosa, que permitiría fácilmente al sentenciador aplicar el criterio de jerarquización y no efectuar una debida ponderación de los derechos en juego. Siguiendo en la argumentación anterior, es necesario fundar la idea de que los tratados en materia de derechos humanos tienen tal jerarquía. Para ello podemos partir de lo expresado en el inciso segundo del artículo 5o. de la Constitución chilena, que establece como un límite explícito al ejercicio de la soberanía estatal los derechos esenciales que emanan de la dignidad humana, en plena correspondencia con lo expresado en el artículo 1o. constitucional.

Asimismo, atribuir a los tratados una jerarquía infraconstitucional significa desconocer el sistema de fuentes del derecho, volver a la vieja disputa entre monistas y dualistas, desaplicar una serie de disposiciones del derecho internacional público, convencional y consuetudinario, y desatender lo dispuesto en la propia Constitución.

Con todo, el Tribunal Constitucional ha fallado en 2013:

Que la sola lectura de las normas contenidas en los artículos 5o., inciso segundo, 32, núm. 17, y 54, núm. 1, de la Constitución chilena, que se refieren a los tratados internacionales, es suficiente para concluir que nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Con todo, de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos a control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias de ley orgánica constitucional, conforme al artículo 93, inciso primero, núm. 1, de la carta fundamental, lo que no sería posible si su valor fuere igual o superior a la Constitución misma.

Precisamente ésta fue la conclusión sentada por este Tribunal Constitucional en la sentencia Rol núm. 346, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional, oportunidad en la que, haciendo suya la tesis explicada por el profesor Alejandro Silva Bascuñán, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, se sostuvo que: ‘En esta forma queda consagrada la jerarquía normativa de los tratados, que es

inferior a la de la carta fundamental, pero superior a cualquiera otra norma jurídica...’ y que ‘las afirmaciones anteriores conservan, a mi juicio, pleno valor, incluso respecto de los tratados sobre derechos humanos esenciales. Revisen éstos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa’ (considerando 75). El Tribunal Constitucional reiteró, en esta sentencia, el criterio previamente vertido en la sentencia Rol núm. 46, de 1987, donde había advertido que el Capítulo XIV de la Constitución, sobre reforma de la misma, quedaría parcialmente sin sentido si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto (considerando 70), con lo cual descartó la tesis de que a tales tratados pudiera reconocérseles rango constitucional.³⁵

Con base en dicho razonamiento es que se pretenden plantear una de las teorías, ya que si encargamos solo al Tribunal Constitucional la labor de ejercer el control de constitucionalidad (entendiendo a los tratados como parte del parámetro de control), los resultados serían nefastos, por la jerarquía que les ha otorgado a los tratados internacionales; asimismo, ha llegado al extremo de permitir la inaplicación de estos instrumentos,³⁶ con las consecuencias que ello conlleva.

Previo a ello me referiré a la experiencia del Estado de México en la materia.

V. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

El Estado mexicano pasó a ser de uno de los países con mayores condenas —sobre 60 casos— por parte de la Corte IDH a una de las naciones que se puso en la delantera en materia de control de convencionalidad difuso. En efecto, México logró entender y asumir la obligatoriedad del control difuso de convencionalidad, conforme a la sistematización de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, por los siguientes factores:

³⁵ Tribunal Constitucional Roles 2387 y 2388, acumulados, 23 de enero de 2013, considerando 12.

³⁶ Así, el Tribunal Constitucional sostuvo: “Que, en concordancia con lo expresado en los considerandos precedentes, debe señalarse que tanto esta Magistratura como la Corte Suprema, antes de 2005, cuando era competente para conocer del recurso de inaplicabilidad, han considerado que la expresión ‘precepto legal’ debe ser entendida en sentido amplio, incluyendo, por cierto, las disposiciones de un tratado internacional (sentencia del 24 de octubre de 1997, Rol 33.097). El reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de ‘precepto legal’” (Rol 1288, 25 de agosto de 2009, considerando 47).

i) las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano (2009-2010), donde expresamente refieren a este ‘deber’ por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo; ii) lo dispuesto en los artículos 1o. (obligación de respetar los derechos) y 29 (normas de interpretación más favorable) de la CADH, vigentes en nuestro país desde el 24 de marzo de 1981; iii) lo dispuesto en los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980; iv) la reforma constitucional en materia de derechos humanos, vigente desde el 11 de junio de 2011, particularmente a los nuevos contenidos normativos previstos en el artículo 1o. constitucional, y v) a la aceptación ‘expresa’ de este tipo de control por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como parte importante del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco*, al conocer el expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011, lo cual implicó, entre otras cuestiones, aceptar también el ‘control difuso de constitucionalidad’, al realizar una nueva interpretación del artículo 133 constitucional a la luz del vigente artículo 1o. del mismo texto fundamental.³⁷

Ahora bien, una de las cuestiones que en mayor medida cambió el paradigma en el contexto mexicano fue la reforma constitucional del 11 de junio de 2011 en materia de derechos humanos. En efecto, se modificó la denominación del capítulo I de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y se introdujeron cambios mayores a la fisonomía de su artículo 1o., el que dispone hoy lo siguiente:

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.

[...].

³⁷ Ferrer, Eduardo, *op. cit.*, nota 13, pp. 340 y 341.

Previo a continuar con el análisis, es importante señalar que la Constitución de Chile tiene una norma de un tenor similar, pero más limitada, desde la reforma constitucional de 1989. Con ello me refiero al artículo 5o., inciso segundo, que reza a la letra:

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

Dicho articulado representó un avance significativo en materia de derechos fundamentales; con todo, no existe consenso en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre el verdadero rol de dicha norma constitucional.

Volviendo al análisis del caso mexicano, resulta relevante referirse a los alcances del artículo 1o. constitucional, arriba transcrito. De esta manera, se introducen las siguientes novedades al constitucionalismo mexicano:

1. Se le otorga rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos;
2. Se constitucionaliza una pauta o criterio hermenéutico en materia de derechos fundamentales de la interpretación conforme a los tratados internacionales y al principio *pro persona*;³⁸
3. Se introduce el deber de todos los órganos del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y
4. Se establece la obligación del Estado de prevenir las violaciones a los derechos humanos, y en caso de existir éstas, las obligaciones de investigar, sancionar y reparar, en los términos que establezca la ley.

De dichas obligaciones destaca el hecho de otorgarle jerarquía constitucional a los tratados en materia de derechos humanos y la constitucionalización de la regla hermenéutica de la interpretación conforme al derecho internacional de los derechos humanos, aplicando siempre el principio *pro homine* o *favor persona*. Así, la interpretación conforme representa “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por el Estado,

³⁸ *Ibidem*, pp. 357 y ss.

así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”.³⁹

Siguiendo a Carbonell, la Suprema Corte de Justicia de la Nación expresó su opinión sobre el control de convencionalidad difuso en la sentencia recaída en el proceso Varios 912/2010, sobre el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH del caso *Radilla Pacheco*:

RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE SUS CRITERIOS VINCULANTES Y ORIENTADORES. De los antecedentes narrados, resulta un hecho inobjetable que la determinación de sujeción de los Estados Unidos Mexicanos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una decisión ya consumada del Estado mexicano.

Por tanto, cuando el Estado mexicano ha sido parte en una controversia o litigio ante la jurisdicción de la Corte Interamericana, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada y corresponde exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por el propio Estado mexicano, ya que nos encontramos ante una instancia internacional.

[...]

En este sentido, esta Suprema Corte no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, en sede internacional, es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso. Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana...

[...]

Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio.

Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona,

³⁹ *Ibidem*, p. 358.

de conformidad con el artículo 1o. constitucional cuya reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once....

De este modo, los jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.⁴⁰

Ahora bien, para referirme a la implementación práctica del control de convencionalidad difuso en México, hay que partir de la norma del artículo 133 constitucional, que dispone:

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

Así y conforme al último criterio jurisprudencial de la Suprema Corte, “los jueces locales aplicarán ‘la Ley Suprema de toda la Unión’ (donde se encuentran los tratados internacionales) cuando exista incompatibilidad con alguna otra norma que no integre dicha ‘Ley Suprema’, lo que implica que los jueces del fuero local deben, incluso, desaplicar la norma incompatible con ese ‘bloque de constitucionalidad’”.⁴¹

En dicha línea, en los Estados Unidos Mexicanos existe un sistema de control difuso de constitucionalidad (modelo adoptado de los Estados Unidos de América); por ello, todos los jueces pueden practicar control de convencionalidad, la diferencia estará dada por la intensidad del control, cobrando importancia determinar las facultades de los diversos órganos para meramente desaplicar una norma o aquellos con competencia para afectar la validez de la misma. Así, los jueces locales solo tendrían competencia para decretar la inaplicación, “lo que tendría como efecto que tales normas

⁴⁰ SCJN, Varios 912/2010, 14 de julio de 2011.

⁴¹ Ferrer, Eduardo, *op. cit.*, nota 13, p. 402.

no se apliquen a un caso concreto bajo conocimiento de las autoridades judiciales locales, sin que ello afecte a su vigencia ni limite la posibilidad del resto de las autoridades para seguir aplicando a casos que se presenten más adelante”⁴² (el precepto se mantiene en abstracto vigente en el ordenamiento jurídico, manteniendo su vocación de aplicabilidad). Ahora bien, distinta es la situación de los jueces federales de la Unión, quienes “pueden (de conformidad con las reglas procesales existentes en materia de amparo, de controversias constitucionales o de acciones de inconstitucionalidad) llegar a realizar una declaración que tenga por efecto la invalidación de una norma general”,⁴³ expulsando la norma del ordenamiento jurídico con efectos generales.

La Suprema Corte de Justicia ha expresado:

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

Finalmente, es preciso reiterar que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.

Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema que, como hemos visto, es concentrado en una parte y difuso en otra y que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, los que finalmente fluyan hacia la Suprema Corte para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Puede haber ejemplos de casos de inaplicación que no sean revisables en las vías directas o concentradas de control, pero esto no hace inviable la otra vertiente del modelo general. Provoca que durante su operación, la misma Suprema Corte y el Legislador revisen respectivamente los criterios y nor-

⁴² Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 2, p. 155.

⁴³ *Idem.*

mas que establecen las condiciones de procedencia en las vías directas de control para procesos específicos y evalúen puntualmente la necesidad de su modificación...⁴⁴

En síntesis, la Corte es coherente con la denomina la teoría sobre los diversos grados de intensidad del control de convencionalidad, que representa simplemente la aplicación del principio de competencia, conforme a las vías procesales que la autoridad de que se trate tenga disponible a la hora de efectuar de oficio el respectivo control de convencionalidad. De esta forma, México ha asumido el control de convencionalidad, en términos contundentes, con relación a la situación chilena, donde no existen pronunciamientos de tal entidad y ninguna autoridad pública del Poder Judicial o Tribunal Constitucional ha asumido expresamente el deber, que como órganos del Estado les corresponde, de realizar un adecuado control de convencionalidad. Mención aparte merecen los jueces ordinarios, que han instado al Tribunal Constitucional a controlar la convencionalidad de una serie de normas domésticas, por estar en contradicción con los tratados internacionales vigentes en Chile. El resultado de dicha actividad ha sido un tanto inconsistente, existiendo pronunciamientos en diversos sentidos, como veremos a continuación.

VI. TEORÍAS SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CHILE

1. *Sistema mixto: control de constitucionalidad y control de convencionalidad como modalidades diversas de control*

No cabe duda que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad en términos jurídico-técnicos estrictos son modalidades diversas de control. Ahora bien, esta forma de implementación práctica del control de convencionalidad interno parte de la situación actual de Chile, donde el Tribunal Constitucional ha atribuido el carácter de infraconstitucional a los tratados sobre derechos humanos y ha desarrollado una jurisprudencia sumamente formalista, estableciendo que el test o parámetro de control que debe utilizar para desarrollar las competencias que el artículo 93 constitucional le atribuye está dado única y exclusivamente por el texto formal de la carta fundamental. En efecto, ha señalado el Tribunal:

⁴⁴ SCJN, Varios 912/2010, 14 de julio de 2011.

Que, como lo ha sustentado uniformemente esta judicatura constitucional, los tratados internacionales no constituyen, per se, parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitar directamente a esta jurisdicción para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente los contrarían. Para que esta operación fuera jurídicamente válida, sería necesario que aquellos instrumentos estuvieran dotados de rango constitucional en cuanto fuentes formales de Derecho Constitucional, y no adquirirla por vía simplemente indirecta, a través de la remisión que a ellos formula el inciso segundo del artículo 5o. de la Carta Fundamental.⁴⁵

Como la *praxis* se impone a la norma, es posible señalar que el Tribunal parte de una concepción de Constitución formal, limitándose a controlar la constitucionalidad de los actos u omisiones que son de su competencia de acuerdo a lo que reza el texto formal de la carta fundamental, considerando a la norma del inciso segundo del artículo 5o. como una mera regla de apertura al derecho internacional. En síntesis, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, pese al tenor literal de la regla constitucional, no constituyen parámetros de control autónomos —conforme al razonamiento del Tribunal— por ello se perfila esta teoría donde la magistratura constitucional, de acuerdo con su propia conducta pretérita, se encargaría de efectuar el control de constitucionalidad, y los restantes agentes estatales, de desarrollar el control de convencionalidad. Con todo, no debemos olvidar y dispensar al Tribunal Constitucional del todo, puesto que al ejercer su misión también deberá velar y aplicar un adecuado test de convencionalidad.

Esta teoría presenta dos problemas difíciles de salvar: primero, parte de un supuesto errado al no otorgarle jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y, dos, es discutible fundamentar la facultad de los jueces ordinarios para desaplicar un precepto legal vigente por inconventionalidad.

Conforme a lo anterior, si reducimos el análisis solo a la judicatura ordinaria y constitucional, los jueces del Poder Judicial de Chile y los demás miembros de la administración de justicia desarrollarían de oficio el control de convencionalidad, y el Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad, por medio de la acción de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad.

En síntesis, el juez ordinario debería actuar de la siguiente forma:⁴⁶

⁴⁵ Tribunal Constitucional, Rol 2265, 21 de noviembre de 2013, considerando 8.

⁴⁶ Siguiendo la sistematización efectuada por Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 2, pp. 157 y 158.

1. Dar una lectura o interpretación en sentido amplio constitucional y convencional al precepto a aplicar, conforme al texto constitucional y al bloque de convencionalidad;
2. Dar una lectura o interpretación en sentido estricto constitucional y convencional al precepto a aplicar, puesto que si la norma admite diversas interpretaciones ha de primar su presunción de constitucionalidad y de convencionalidad, prefiriendo aquella que se ajuste a la carta fundamental y al bloque de convencionalidad;
3. Si las dos vías anteriores no son posibles, se generan las siguientes alternativas:
 - A. Si la norma admite una interpretación convencional, pero no admite una interpretación constitucional, deberá requerir al Tribunal Constitucional la declaratoria de inaplicabilidad, puesto que carece de competencias para inaplicar un precepto legal;
 - B. Si la norma no admite una interpretación convencional, pero sí una interpretación constitucional, deberá desaplicar el precepto, puesto que “estaría” facultado para ejercer de oficio el control de convencionalidad;
 - C. Si la norma no admite una interpretación convencional ni constitucional, y siendo coherente con la premisa que funda esta teoría, deberá requerir siempre al Tribunal la declaración de inaplicabilidad, por la jerarquía de las normas constitucionales.

Esta forma de implementación práctica del control de convencionalidad genera una serie de consecuencias no deseadas, puesto que parte de supuestos errados. Como se dijo, si bien se está resguardando la dignidad humana, ya que los sistemas de control están funcionando, se pueden producir antinomias no previstas, ya que existen un gran número de derechos fundamentales con fuente interna e internacional. Así, la labor de protección de la persona humana del juez ordinario quedaría restringida a lo que el derecho convencional consigne, no pudiendo argumentar su desaplicación a partir del texto constitucional. Fuera de ello, y como ya señalé, no existe un fundamento constitucional que permita al juez, desaplicar un precepto, salvo las obligaciones que impone el sistema interamericano. Por ello, cobra relevancia el desarrollo de las diversas intensidades con que el control de convencionalidad debe ser concretado por los órganos nacionales, tomando siempre en consideración la competencia del respectivo agente estatal, conforme se vio en el caso mexicano, ya que la desaplicación o la afectación de la validez de un precepto legal, como consecuencia de aplicar el test de

convencionalidad, solo puede ser desarrollada por el órgano con competencias materiales para ello.

Otra cuestión de relevancia es referirse a los acotados efectos de la inaplicabilidad y de la supuesta desaplicación del juez ordinario. Una declaratoria de inaplicabilidad simplemente contiene un mandato de prohibición para el juez de la gestión judicial pendiente, impidiéndole que aplique el precepto solo a dicha gestión (modificando parcialmente la legislación aplicable); sin embargo, el precepto legal queda vigente al interior del ordenamiento jurídico manteniendo su vocación de aplicabilidad. Por otro lado, la desaplicación del juez tiene el mismo efecto práctico, la norma censurada mantiene su vigencia al interior del ordenamiento jurídico. Así, en ambos casos los preceptos quedan vigentes, lo que nada impide que puedan ser aplicados en otros procesos, produciéndose los mismos efectos inconvencionales que si intentaron salvar.

2. Sistema concentrado: control de constitucionalidad y control de convencionalidad como un sistema unívoco de control

Esta modalidad de implementación del control de convencionalidad tiene la paradoja de que ya no hablaremos de él, sino simplemente de control de constitucionalidad. La Constitución Política de la República dispone expresamente, en el ya tantas veces citado artículo 5o., inciso segundo, que el ejercicio de la soberanía reconoce como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y hace referencia no solo a los recogidos en el texto fundamental, sino también a los establecidos en tratados internacionales sobre derechos humanos, que el Estado de Chile haya ratificado y que se encuentren vigentes.

De esta forma, la Constitución no se agota en su texto y se ve robustecida por una serie de atributos de la persona humana normonológicamente reconocidos y asegurados en el derecho convencional internacional, válidamente incorporado al derecho interno. Basta ver qué sucede en materia de debido proceso, derecho humano esencial que tiene como fuentes formales el artículo 19, núm. 3, de la carta fundamental, y 8o. y 14 de la CADH y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, principalmente.

Como he dicho en otros lugares: el continente es diverso del contenido. Así, para aquellos que le niegan el rango constitucional a los tratados de derechos humanos solo se puede señalar que lo que viene a expandir el texto de la Constitución no es el tratado en sí, como instrumento formal, sino la serie de atributos de los derechos que en ellos se recogen, transformándose

dicho contenido en parte material y dogmática de la carta fundamental, constitucionalizándose el derecho internacional de los derechos humanos.

Entender de esta forma el problema trae consigo una serie de beneficios: el primero, al que ya nos hemos referido, permite una armonización adecuada y más óptima de los derechos, impidiéndose la jerarquización y protegiéndose de mejor forma la dignidad humana. En segundo orden, permite concretar un solo parámetro de interpretación y dogmática de los derechos humanos. Finalmente, permite una concreción adecuada del control de convencionalidad, conforme a las competencias de todos los órganos nacionales internos, permitiéndose realizar el test de convencionalidad de acuerdo con las facultades constitucionales y legales de cada agente, lo que vigoriza y legitima su actuar.

De esta manera, este mecanismo de implementación práctica del control de convencionalidad reduce los posibles conflictos de convencionalidad a conflictos de constitucionalidad; por ende y aplicando el modelo de control de constitucionalidad vigente en Chile, el juez ordinario, al dudar sobre la constitucionalidad o convencionalidad de una norma, deberá requerir siempre la declaración de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional.

Esta teoría pone de manifiesto la existencia de diversos grados de intensidad y realización del control de convencionalidad difuso, ya que lo que la Corte IDH busca es que “apliquen este tipo de control de convencionalidad a cualquiera de los sistemas (de control de constitucionalidad) existentes (concentrados, difusos o mixtos)”,⁴⁷ de esta forma, el “ejercicio de compatibilidad lo puede realizar cualquier juez dentro de sus respectivas competencias, quedando reservada la ‘inaplicación’ o ‘declaración de invalidez’ de la norma inconventional, exclusivamente a los jueces que dentro del sistema tengan competencia para ello”.⁴⁸ “En realidad, lo que implica dicho ‘control’ es la obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales”.⁴⁹

Lo anterior reafirma que esta es la vía idónea para implementar el control de convencionalidad en Chile. El único órgano nacional con competencia para decretar la inaplicación de una norma o para afectar su validez en el ordenamiento jurídico es el Tribunal Constitucional; por ello, al juez ordinario se le facultó para requerir ante dicho Tribunal la declaratoria de inaplicabilidad. En efecto, el juez nacional, al dudar sobre la convenciona-

⁴⁷ Ferrer, Eduardo, *op. cit.*, nota 13, p. 343. El agregado es mío.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

lidad de una norma a aplicar, deberá requerir siempre un pronunciamiento de la magistratura constitucional.

Con todo, ello no es del todo realizable, por lo ya expresado en este trabajo: el Tribunal Constitucional —siguiendo su jurisprudencia— solo desarrollo control de constitucionalidad, le atribuye rango infraconstitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y recurre escasamente la jurisprudencia (y pautas interpretativas) de organismos internacionales vinculantes para el Estado de Chile. Así, la única vía para salvar tales complejidades y concretar un real control de convencionalidad es fundar todo requerimiento en la infracción del artículo 5o., inciso segundo, constitucional, y hacer referencias a las posibles normas del derecho convencional que se estarían vulnerando. En síntesis, no todo está perdido, ya que será tarea de los operadores jurídicos, cambiar la errática jurisprudencia constitucional, y, mientras tanto, fundar el requerimiento en la “norma de apertura” al derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, y para efectos de que se pueda entender la labor que ha venido desarrollando el Tribunal Constitucional, traigo a la vista lo sucedido en el proceso Rol 2265, fallado el 21 de noviembre de 2013, donde un juez de familia requirió la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 66, inciso segundo, de la Ley 19.947 y del artículo 14 de la Ley 14.908, que, en síntesis disponen que de decretarse una compensación económica al momento del divorcio de los cónyuges, fijándose su pago en cuotas, éstas se entenderán alimentos para efectos de su cumplimiento y por aplicación de las normas de la Ley de Pago de Pensiones Alimenticias. En caso de incumpliendo, se pueden decretar prisión y una serie de otras medidas de apremio.

El juez detectó que de aplicar dichas normas se infringía lo dispuesto en el artículo 7o., núm. 7, de la CADH (sobre prohibición de prisión por deudas). En efecto, se limitó a fundar su requerimiento en dicha disposición, lo que trajo como consecuencia que el Tribunal sentenciara:

Que, a riesgo de ser reiterativos, hemos dejado establecido que el órgano legitimado requirente no refiere ningún precepto constitucional transgredido por las disposiciones legales impugnadas. No cumple entonces con el presupuesto mínimo de designar ‘el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas’, como lo conmina el artículo 80 de la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional. Y si bien esta anomalía no fue detectada en el trámite de admisibilidad, nada obsta a que en esta etapa procesal y en virtud de un mejor análisis del Tribunal en pleno, se revise ese criterio puramente preliminar de una de sus Salas, a partir de la constatación formulada, que resulta suficiente

para desestimar la procedencia del requerimiento incoado, sin perjuicio de las reflexiones adicionales siguientes;

Que, al igual que todos los órganos del Estado, este Tribunal Constitucional está compelido a obrar ‘dentro de su competencia’, como lo indica el inciso primero del artículo 7o. de la Carta Fundamental. No le es permitido, por ende, ampliar unilateralmente su esfera de atribuciones, para extenderla a reglas de contexto insertas en su plexo normativo, cuya violación no se alegó.

En esta línea argumentativa, cabe recordar que el sostenedor de la inaplicabilidad no invocó la eventual vulneración del artículo 5o. constitucional, cuyo inciso segundo define el deber de los órganos del Estado de ‘respetar y promover’ los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados ya sea en la Constitución como en ‘los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes’. Tal omisión se yergue como un obstáculo para que esta entidad de justicia constitucional pueda subrogarse al requirente, asumiendo una legitimidad activa oficiosa que el constituyente no le ha reconocido.⁵⁰

Con base en dicha argumentación, procedió simplemente a rechazar el requerimiento, no realizando un adecuado test de convencionalidad de las normas, otorgándole jerarquía infraconstitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos (considerando 8o.) y olvidando que, como órgano jurisdiccional, está obligado a la aplicación del principio *procelas iura novit curia*.

Ahora bien, el voto disidente es muy alentador y clarificador en la materia, al señalar:

Que no comparte enteramente el considerando 8) pues, a su juicio, el Tribunal Constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5o., inciso 2o., de la Constitución Política, está impelido a ejercer el control de convencionalidad de las leyes cuya aplicación a una gestión judicial pendiente pudiere generar efectos contrarios a lo dispuesto en un tratado internacional sobre derechos humanos que haya sido sancionado por el Estado de Chile y se encuentre vigente. Efectivamente, el legislador tiene la obligación constitucional de respetar los derechos que emanan de la naturaleza humana como límites en el ejercicio de su potestad normativa y, en forma especial, los garantizados por la Constitución Política y por los tratados internacionales. Si una ley se apartara de tal mandato o bien su aplicación a un caso concreto pudiere contravenir ese principio recogido en el artículo 5o. ya citado, correspondería al Tribunal Constitucional poner remedio a tal agravio por vía de la inaplicabilidad y, con posterioridad, mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma, si lo estima pertinente.

⁵⁰ Tribunal Constitucional, Rol 2265, 21 de noviembre de 2011, considerandos 6o. y 7o.

Lo dispuesto en el artículo 5o. de la Constitución Política no es un mero consejo o recomendación, sino que una norma imperativa que contiene a la vez una regla y un principio: la regla remite al contenido de la Carta Fundamental y de los tratados de derechos humanos y el principio, a una realidad más genérica pero no por ello menos exigente y precisa, cual es la esfera protegida por los derechos que emanan de la naturaleza humana y que no se encuentran explícitamente recogidos en los instrumentos de derecho público anteriormente citados.⁵¹

VII. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

No cabe duda que existe una obligación de los Estados partes del sistema interamericano de efectuar un debido control de convencionalidad de las normas domésticas a aplicar a los casos concretos que sean competencia de los diversos órganos estatales. Así, cobra relevancia referirse al hecho de que dicho mecanismo de tutela de la dignidad humana y de los derechos humanos debe ser desarrollado conforme a los diversos grados de intensidad del control (aplicación del principio de competencia) y de acuerdo con el modelo de control de constitucionalidad vigente, no pudiendo éste ser nunca un obstáculo o argumento para efectos de no aplicar el debido test de convencionalidad.

El modelo de control de constitucionalidad concentrado de Chile permite la implementación del control de convencionalidad difuso o interno, ya que existen las herramientas procesales necesarias para efectuar un debido control en la materia, impidiendo que el Estado sea en el futuro condenado por responsabilidad internacional por violación de derechos humanos. El obstáculo que impide una adecuada implementación del sistema de control está dado por la labor del Tribunal Constitucional y sus criterios jurisprudenciales en materia del rango que le atribuye a los tratados internacionales sobre derechos humanos y en lo que respecta al parámetro o test que aplica en la resolución de sus casos. De salvarse dichos criterios, la segunda teoría expuesta es la que mejor se aviene para un adecuado cumplimiento de las obligaciones internacionales de Chile, ya que permite efectuar un adecuado y eficaz control de convencionalidad, respetando las competencias de todos y cada uno de los órganos en la materia.

En dicha línea, se debe recordar que el único órgano en la materia facultado para decretar la inaplicación o afectar la validez de un precepto legal vigente en Chile es el Tribunal Constitucional. Por su lado, los jueces ordinarios no están del todo dispensados, por ello la Constitución los facultó

⁵¹ *Ibidem*, voto disidente.

para requerir al Tribunal la declaración de inaplicabilidad de un precepto decisivo por producir efectos contrarios a la Carta Fundamental. Así, el juez ordinario debe ejercer el control de convencionalidad en un nivel menos intenso, ya que de dudar sobre la convencionalidad de una norma está meramente facultado para censurarla ante la Magistratura Constitucional, asimismo, el órgano que debe efectuar el control con mayor grado de intensidad es el Tribunal Constitucional, dadas sus facultades constitucionales (de decretar la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad de la ley).

En cuanto a México, su experiencia nos permite reafirmar la idea que el control de convencionalidad puede ser desarrollado en cualquier sistema de control de constitucionalidad, puesto que el artículo 133 constitucional, faculta a todos los tribunales nacionales para tal cometido, lo que se modifica, como dije, es la intensidad del control, como bien lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así, Miguel Carbonell⁵² señala los pasos a seguir para desarrollar el control de convencionalidad en México. Conforme al criterio jurisprudencial de la Corte, son:

1. Interpretación conforme en sentido amplio. Todos los jueces y órganos del Estado deben interpretar el ordenamiento jurídico conforme a los derechos establecidos en la Constitución y el derecho convencional internacional ratificado, aplicando el principio pro persona;
2. Interpretación conforme en sentido estricto. En caso de existir múltiples interpretaciones, ha de preferirse, por aplicación del principio de presunción de constitucionalidad de la ley, aquella que esté acorde con los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados ratificados por México, y
3. Inaplicación de la ley cuando dichas alternativas no son posibles.

En síntesis, mientras en Chile no exista una real conciencia sobre la obligatoriedad del sistema de control de convencionalidad interno, seguiremos marcando el paso en materia de protección de derechos fundamentales, dadas las acotadas garantías con que estos cuentan en el orden interno, las que se podrían ver robustecidas por aplicación del bloque de convencionalidad por todos y cada uno de los órganos que deben ejercerlo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BAZÁN, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El*

⁵² Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 2, pp. 157 y 158.

- control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, FUNDAP, 2012.
- CARBONELL, Miguel, *Teoría de los derechos fundamentales y del control de convencionalidad*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- FERRER, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicanos”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos*, México, UNAM-Porrúa, 2013.
- NASH ROJAS, Claudio, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.), *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos*, Santiago, CECOCH, Editorial Librotecnia, 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.), *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos*, Santiago, CECOCH, Editorial Librotecnia, 2012.
- _____, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ReDCE*, Uruguay, núm. 19, enero-junio de 2013.
- PEÑA TORRES, Mariisol, “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2009.
- PICA, Rodrigo, *Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional*, 2a. ed., Santiago, EJS, 2012.
- _____, *Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional*, memoria de magíster en derecho constitucional, prof. guía Juan Colombo Campbell, Santiago, Universidad de Talca, CECOCH, 2008.
- VALENZUELA, Williams, *El control reparador de constitucionalidad de las normas legales: un análisis comparativo de los tribunales constitucionales de Chile e Italia*, Santiago, EJS, 2012.