



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DE POSTGRADO  
MAGÍSTER EN DERECHO CON Y SIN MENCIONES

**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFIERE EN SU ORIGEN,  
NATURALEZA Y EFECTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho  
Mención: Derecho Público

ALEJANDRA ISABEL PÉREZ CEBALLOS

Profesor Guía: Miriam Lorena Henríquez Viñas  
Doctora en Derecho

Santiago, Chile 2016

## **AGRADECIMIENTOS**

*A mi profesora guía.*

## TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	vi
INTRODUCCIÓN	1
<b>CAPÍTULO I</b>	<b>15</b>
<b>EXIGENCIA DE LA SUPREMACÍA NORMATIVA EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DIFERENCIAS EN SUS ORÍGENES Y FUNDAMENTOS</b>	
1.1 Génesis del control de constitucionalidad	15
1.1.a. Modelo estadounidense	16
1.1.b. Modelo francés	20
1.1.c. Modelo europeo	23
1.1.d. Modelo chileno	25
1.2 La supremacía constitucional y el control de constitucionalidad	28
1.2.a. La supremacía como fuente de validez	
1.2.b. La supremacía jerárquica de una norma en razón al procedimiento y órgano creador	32
1.2.c. La supremacía como criterio de la norma que prevalece en caso de conflicto normativo	33
1.2.d. Criterio de supremacía como deber de obediencia o acatamiento	34
1.3. Supremacía constitucional en la Constitución Política chilena.	35
1.4. Génesis del control de convencionalidad	36
1.4.a. Control de convencionalidad externo	38

1.4.b. Control de convencionalidad interno	40
1.4.c. La supuesta supremacía normativa de la Convención Americana según la teoría del control de convencionalidad	45
1.5. Diferencias en su origen y fundamento entre el control de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile	53
<b>CAPÍTULO II</b>	56
<b>DIFERENCIAS EN LA NATURALEZA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO</b>	
2.1. Naturaleza del control de constitucionalidad	56
2.2. Naturaleza del control de convencionalidad interno	62
2.2.a El control de convencionalidad como control normativo	64
2.2.b El control de convencionalidad como ejercicio interpretativo	67
2.2.c. Teoría ecléctica sobre la naturaleza del control de convencionalidad	71
2.2.d. Teoría del “falso” control de convencionalidad interno	73
2.3. Diferencias en su naturaleza entre el control de constitucionalidad control de convencionalidad en Chile	75
<b>CAPÍTULO III</b>	79
<b>EFFECTOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO: ¿HACIA UN MISMO OBJETIVO?</b>	
3.1. Efectos del control de constitucionalidad	79
3.2. Efectos del control de convencionalidad interno	80
3.2.a. Efectos del control de convencionalidad como control normativo	81

3.2.b. Efectos del control de convencionalidad como ejercicio interpretativo	82
3.2.c. El control de convencionalidad y la obligación de adecuar la legislación interna	86
3.2.d. El falso control de convencionalidad en sede interna	89
3.3 Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre los efectos del control de convencionalidad	91
3.3.a. Jurisprudencia que declara la invalidez de una norma interna conforme al parámetro interamericano	92
3.3.b. Jurisprudencia que determina el criterio de la eficacia interpretativa como efecto del control de convencionalidad	95
3.3.c. Jurisprudencia que no asocia ningún efecto al control de convencionalidad	96
3.4. Diferencias en sus efectos entre el control de constitucionalidad y control de convencionalidad interno	98
<b>CONCLUSIONES</b>	104
<b>ABREVIATURAS</b>	110
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	111

## **RESUMEN**

El presente trabajo analizará el origen, naturaleza y efectos del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad interno, identificando las diferencias existentes entre ambos, proponiendo que en nuestro país ambos controles normativos no son asimilables y, por tanto, no pueden ser aplicados de manera simultánea por el Tribunal Constitucional.

## INTRODUCCIÓN

La disciplina del derecho internacional público y principalmente el derecho internacional de los derechos humanos, gradualmente ha ido adquiriendo mayor consistencia, reconocimiento, seguidores y así mismo detractores de sus planteamientos, principios e instituciones.

Cabe señalar además que en el presente trabajo, no puedo omitir el efecto internacionalizador del cual ha sido objeto el ordenamiento jurídico interno en la mayoría de los países del mundo.

Actualmente, ningún hecho, situación o decisión de la autoridad, está exenta de las directrices y parámetros del derecho internacional público y considerando más relevante aún del derecho internacional de los derechos humanos.

En nuestra región la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH o Convención) o Pacto de San José de Costa Rica es una base fundamental en el Sistema Interamericano de protección de derechos fundamentales.

Por otra parte, innegable es la gran influencia en los tiempos actuales de la opinión e interpretación que de realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte) en los ordenamientos jurídicos internos de los países miembros, creando así la figura del control de convencionalidad como mecanismo para dar cumplimiento a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos contemplados en la Convención (Arts. 1.1, 2 y 68). Este control, desde sus inicios, ha traspasado

la barrera internacional y ha alcanzado las decisiones de los Estados partes, principalmente la de sus tribunales y jueces.

Por una parte la expansión de la justicia constitucional en el mundo, principalmente en los siglos XX y XXI, ha fortalecido la figura del control de constitucionalidad en el resguardo y efectividad de los enunciados constitucionales como instrumento de adecuación de las leyes y otras fuentes infra constitucionales a la Carta Fundamental que, inspirado en el criterio de jerarquía normativa, entrega a los jueces del Poder Judicial (modalidad difusa) o a un único Juez especializado (modalidad concentrada) la facultad de declarar inconstitucional aquel precepto legal que contradiga la Constitución, despojándolo de sus efectos, efectivizando por tanto, el principio de supremacía constitucional frente al resto de las normas inferiores jerárquicamente.

Desde otro vértice, el control de convencionalidad, que se origina recién a comienzos del siglo XXI, paulatinamente sienta sus bases y su estructura en el mundo del derecho a través de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un mecanismo instaurado, con la finalidad de hacer prevalecer la CADH sobre las normas locales que se le oponen y, cuyo material controlante, no es sólo el instrumento ya señalado sino que también la interpretación que la Corte IDH puede realizar de él.

Por antonomasia, la Corte IDH ejerce el llamado control de convencionalidad originario o externo, mediante la inspección de convencionalidad al comparar la norma de derecho interno en relación a la CADH y estimar si, aquella se opone o no al texto interamericano.



Es la propia Corte quien a partir del año 2006, en el Fallo Almonacid Arrellano y otros vs. Chile insta a los jueces y tribunales internos a someterse no sólo a sus leyes, reglamentos y Constitución, sino que también a las disposiciones de la CADH y la interpretación que la Corte ha hecho de este instrumento.

Es a partir de este momento, que se establece que los Estados deben ejercer una “especie” de control de convencionalidad, conocido también, como control de convencionalidad interno, otorgando a los órganos del Estado la labor de controlar la adecuación de la normativa nacional a las disposiciones de la CADH y a la interpretación que la Corte realiza de ella, evitando así incurrir en responsabilidad internacional por parte del Estado infractor.

Sin embargo, esta institución no se encuentra exenta de cuestionamientos, ciertas incertidumbres y, matices interpretativos en su formulación, no siendo esta figura clara y precisa del todo y, sin duda, son factores que consecuentemente transforman al control de convencionalidad, en una institución con ideas y estructuras incompletas en donde la propia Corte, no ha unificado criterios respecto su aplicación práctica.

Lo anterior, provoca diversas opiniones en la discusión doctrinaria e interpretación en la praxis nacional e internacional y, es esta misma falta de precisión lo que ha forjado pensamientos extremos de señalar que, la CADH debe ser aplicada conjuntamente con la Constitución Política de un país en el desarrollo y resolución de asuntos y decisiones dentro del ordenamiento jurídico interno.

Sin duda, esa fusión de figuras normativas podría provocar un conflicto principalmente en situaciones de confrontación normativa dentro de un Estado y, como lo señala el título de este trabajo de tesis, comprobaremos que ambos controles, difieren en sus aspectos esenciales y por tanto, no pueden ser catalogados como análogos o semejantes al aplicarlos al caso concreto.

Es por estos motivos, que escojo esta temática para desarrollar mi proyecto de tesis el cual, lleva como título: ***“El Control de Constitucionalidad difiere en su origen, naturaleza y efectos del Control de Convencionalidad”***.

El título de mi tesis, se origina a causa de ciertas decisiones de la Corte IDH y opiniones jurisprudenciales y doctrinarias que asimilan en un comienzo al control de convencionalidad y de constitucionalidad, debiendo los jueces internos considerar como parámetros de control tanto la Constitución como la Convención, limitándose no sólo a realizar un control de constitucionalidad de sus actos, sino que también de convencionalidad.<sup>1</sup>

Para el profesor Nogueira “Ello implica que el Tribunal Constitucional debe integrar necesariamente al parámetro de control de constitucionalidad los estándares mínimos respecto de atributos y garantías de los derechos asegurados por el sistema interamericano, utilizando el principio “pro homine” o “favor persona”.

---

<sup>1</sup> CORTE IDH. Caso sentencia del caso de Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, de 2006, párrafo 128; en el caso Boyce y otros vs. Barbados de 2007, en el párrafo 78; Caso Radilla Pacheco Vs. México, de 2010, párrafo 338.

Ello posibilita al Tribunal Constitucional realizar simultáneamente el control de constitucionalidad exigido constitucionalmente y, el control de convencionalidad exigido por el sistema interamericano, posibilitando así, los plus de protección de derechos que estén contenidos tanto en la Constitución como en el *corpus iuris interamericano*".<sup>2</sup>

Para Eduardo Ferrer Mc-Gregor, "los jueces nacionales no sólo están obligados a realizar un control de constitucionalidad dentro de sus respectivas competencias y atribuciones, sino también, un control de convencionalidad, en la medida en que de no hacerlo, se podría producir una responsabilidad internacional del Estado".<sup>3</sup>

Finalmente, para la autora Liliana Galdámez, "aceptar como obligatoria la doctrina de la Corte Interamericana exige como supuesto, que la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional adopten como tesis que el principio de supremacía constitucional integra los tratados internacionales sobre derecho humanos ratificados y vigentes. Por tanto, serán también fuente superior en nuestro ordenamiento y parámetro de control de constitucionalidad".<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011". Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, Año 10, N° 2, 2012. p.85.

<sup>3</sup> FERRER MC-GREGOR, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional". Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, año 2010, p. 186.

<sup>4</sup> GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana años 2006-2011 En La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (coordinador Humberto Nogueira). Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Editorial Librotecnia. 2014. p.296.

Incluso el Máximo Tribunal de nuestro país trata a ambos controles como símiles y en consecuencia ser aplicados de manera conjunta, debiendo los jueces nacionales al momento de resolver los conflictos que son sometidos a su jurisdicción, observar tanto la Constitución Política como los Tratados Internacionales y el *ius cogens*, es decir, todas las fuentes del ordenamiento jurídico relacionadas con los derechos fundamentales, que incluirían por tanto al derecho interno e internacional. Al respecto especifica en causa sobre solicitud de extradición del año 2013 “La sola referencia que se efectúe a los tratados internacionales no constituye aplicación del control de convencionalidad, sino que requiere detenerse en el objetivo y fin de los derechos fundamentales en general, que es proteger a las personas, como los relacionados con derechos esenciales específicos y llevar adelante una interpretación racional y razonada de lo que es la garantía en sí misma, para asegurarla en su integridad, sobre la base de disposiciones concretas, pero con la mirada puesta en su profundización y desarrollo. En otras palabras se debe efectuar una interpretación racional, contextual, informada y responsable, con todos los textos nacionales e internacionales a la vista, considerando, como se ha dicho la naturaleza de los tratados, su objeto y fin, de lo contrario la labor de justificación y argumentación de la decisión estaría incompleta.”<sup>5</sup>

En lo extenso de este trabajo, pretendo demostrar que ambos controles son distintos y, por tanto, no asimilables al momento de ejercerlo en sede nacional.

---

<sup>5</sup> CORTE SUPREMA de Santiago, Causa N° 9031/2013 (Otros). Resolución N° 107980, Extradiciones, Considerando Décimo Segundo, de fecha 19 de Noviembre de 2013. (*Destacado no está en el texto original*)

La temática resulta interesante y valiosa de tratar, toda vez que, es multidisciplinaria, abarcando instituciones propias del derecho Internacional Público y del Derecho Constitucional.

Finalmente, conocer, desarrollar y discutir el tema desde la perspectiva del derecho comparado, es un complemento que a mi parecer enriquece aún más la presente investigación.

## **1. Justificación de la Investigación**

Sobre el control de convencionalidad, está todo por decir y resolver, principalmente en un país como Chile en el cual, no existe un conocimiento completo o acabado de lo que comprende esta institución. Lo anterior lo señalo por diversas razones, siendo la principal causa el silencio sobre el orden jerárquico que tendrían en Chile los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la manera de recepcionar los derechos en ellos incorporados.

En el sentido contrario, existen países de Latinoamérica y Europa que se encuentran ya en etapa de pleno desarrollo y aplicación de dicho control, proceso que se inició de manera progresiva y que produjo diversas modificaciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias.

En nuestro caso, se puede justificar la carencia de desarrollo y comprensión suficiente, considerando que, como lo mencioné al inicio de esta Introducción, es un tema del cual no hay respuestas concretas y definitivas aún, en la comunidad internacional sobre su contenido conceptual el cual, se ha ido desarrollando en base a sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por tratarse de un fenómeno

relativamente reciente que no se encuentra acabado y sigue siendo controvertido en la discusión dogmática jurídica.

Es un tema que provoca interés y controversias en doctrinas propias del derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en el derecho constitucional, tanto sustantivo como procesal.

Es necesario uniformar ciertos criterios teóricos y de aplicación, así como proponer mecanismos mediante los cuales, este control se pueda aplicar sin restringir o afectar principios de derecho interno, tales como, la supremacía constitucional y la soberanía de los Estados miembros de los tratados en dicha materia.

En la arista opuesta, no se puede omitir la obligación de los Estados partes de un tratado sobre Derechos Humanos en cumplir de buena fe, los tratados ratificados, so pena de incurrir en responsabilidad internacional por dicha inobservancia.

En un mundo globalizado, internacionalizado, conectado y exigente de derechos, no se puede soslayar el estudio de una teoría tan relevante como la que se ha ido configurando con el nombre de control de convencionalidad pero, al mismo tiempo, no debemos desarraigar principios y valores nacionales e institucionales que forjan una nación, escenario en el cual, ya se aplica un control normativo. Tal es, el control de constitucionalidad.

De definirse la metodología de este control, puede significar cambios de paradigmas muy enraizados en el derecho lo cual, hace que el tema sea atractivo y enriquecedor a la discusión en el mundo del derecho.

Es un desafío para un país como Chile, que actualmente discute abiertamente sobre este tema, trazar lineamientos y legislar al respecto, todo en concordancia con la tendencia que paulatinamente va resolviendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien, cada día, es más exigente con sus Estados miembros.

## **2. Objetivos de la Investigación**

### **Objetivo General**

#### **1. Demostrar la contraposición de la regla con una norma de superior jerarquía. (Tarea de la dogmática jurídica)**

1.1. Establecer la diferencia en el origen, naturaleza y efectos del Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad interno.

### **Objetivos Específicos**

#### **1.- Determinar, proponer, controvertir el significado de la normativa (formulado por el legislador, el jurista, el juez) que regula la temática elegida (Tarea de la dogmática jurídica)**

1.1. Determinar el contenido conceptual del término “Control de Constitucionalidad”.

1.2 Describir el origen, naturaleza y efectos del Control de Constitucionalidad.

1.3 Determinar el contenido conceptual del término “Control de Convencionalidad”.

1.4. Describir el origen, naturaleza y efectos del Control de Convencionalidad y controvertir sobre las críticas que se le realizan.

1.5. Contrastar la distinta naturaleza, origen y efectos del Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad.

## **2. Integrar las normas en unidades normativas mayores. (Tarea de la dogmática jurídica)**

2.1 Analizar los fundamentos de los principios de supremacía constitucional y supremacía convencional.

2.2. Formular la interrogante de poder aplicarse dos controles de tipo normativo en Chile.

## **3. Problemas que guiarán la investigación.**

### **1.- En relación al origen del Control de Convencionalidad**

1.1 ¿Qué debemos entender por Control de Convencionalidad?

1.2 ¿Es el concepto de Control de Convencionalidad unívoco?

1.3 ¿Existe más de un tipo de Control de Convencionalidad?

1.4 ¿Quién ejerce el Control de Convencionalidad?

1.5 ¿Qué sustento tiene la Supremacía Convencional exigida por la Corte IDH?

1.6 ¿Es la Corte IDH órgano adecuado para determinar la primacía de la norma internacional sobre la interna?

### **2.- En relación a la naturaleza del Control de Convencionalidad**

2.1 ¿Cuál es la naturaleza del Control de Convencionalidad?

2.2 ¿Qué relación tiene la naturaleza del Control de Convencionalidad con sus efectos?



### **3.- En relación a los efectos del Control de Convencionalidad**

3.1 ¿Cuál es el efecto del Control de Convencionalidad ¿Invalidez?  
¿Inaplicación? ¿Efectos retroactivos o hacia futuro?

### **4.- En relación al origen del Control de Constitucionalidad**

4.1 ¿Qué debemos entender por Control de Constitucionalidad?

4.2 ¿Qué tipos de Control de Constitucionalidad existen principalmente?

4.3 ¿Quién ejerce el Control de Constitucionalidad?

4.4 ¿Es el principio de Supremacía Constitucional el fundamento del Control de Constitucionalidad?

### **5.- En relación a la naturaleza del Control de Constitucionalidad**

5.1 ¿Cuál es la naturaleza del Control de Constitucionalidad?

5.2 ¿Qué relación tiene la naturaleza del Control de Constitucionalidad con sus efectos?

### **6.- En relación a los Efectos del Control de Constitucional**

6.1 ¿Cuáles son los efectos del Control de Constitucionalidad?

### **7.- Respecto a la relación del Control de Convencionalidad y Control de Constitucionalidad**

7.1 ¿El Control de Convencionalidad y Control de Constitucionalidad tienen diferente origen?

7.2 ¿El Control de Convencionalidad y Control de Constitucionalidad tienen diversa naturaleza?

7.3 ¿El Control de Convencionalidad y Control de Constitucionalidad tienen efectos diferentes aplicados en el ordenamiento jurídico interno?

7.4 ¿En un Estado como Chile, predomina la supremacía constitucional o la supremacía convencional?

7.5 ¿Cómo afecta el Control de Convencionalidad al principio de supremacía constitucional?

#### **4. Respuestas probables**

Verificar que el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad difieren en su origen, naturaleza y efectos, por tanto, no pueden ser aplicados como un procedimiento único y tratados como símil, al provenir de un órgano y fuente normativa diversa y, aspirar a objetivos desiguales.

En relación a su naturaleza si bien, pueden ser en cierto aspecto similares en cuanto a proceso de contraste normativo se trata, tienen sus parámetros de control, tanto órgano e instrumentos controladores y controlados propios.

Finalmente, en cuanto a sus efectos, se puede decir que, difieren en sus consecuencias sean éstas de aplicación general o entre partes, efectos invalidatorios o de inaplicación las autoridades que se encuentran normativamente facultadas para ejercer dichos controles son diversas.

#### **5. Técnica de investigación**

Este trabajo, será considerado una tesis, pretendiendo ser ésta, una contribución a la dogmática jurídica, pudiendo desarrollar desde todas sus aristas y complementar un tema no suficientemente abordado en la doctrina chilena y, poco aplicada en la jurisprudencia y menos reconocido normativamente, como lo es el control de convencionalidad y

específicamente, su distinción en lo sustancial con el control de constitucionalidad en este caso interno.

Esta investigación es de tipo formal, no es empírica. Está basada en conocimientos teóricos, en un diseño cualitativo toda vez que, será una investigación fundamentada, la cual se corroborará una vez finalizada la investigación.

Al inicio la hipótesis se planteará de manera clara aunque un poco especulativa y prejuugada, la cual se irá desarrollando de tal manera que al finalizar esta obra, se transformará en explícita.

## **6. Método de Investigación**

El método que se empleará en la investigación será el documental bibliográfico. La recolección de la información será concretada a través del método del fichaje, tanto bibliográfico como de resumen los cuales, permiten recopilar, clasificar y sistematizar de manera más óptima la investigación, lo anterior, teniendo en cuenta el número considerable de contenidos y fuentes consultados, así como trabajos formales y jurisprudencia.

Respecto a las diversas fuentes que se emplearán en esta investigación, puedo señalar la utilización de textos, revistas digitales, y publicaciones nacionales pero, principalmente internacionales, (Argentina, Colombia, México, Alemania, Perú, España y Francia); jurisprudencia internacional, jurisprudencia nacional, normativa nacional, normativa internacional, separatas de conferencias y seminarios

Vayamos pues ahora, al desarrollo de esta tesis, a través del contenido de sus diversos capítulos.

# CAPÍTULO I

## EXIGENCIA DE LA SUPREMACÍA NORMATIVA EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO: DIFERENCIAS EN SUS ORÍGENES Y FUNDAMENTOS

### **1.1 Génesis del control de constitucionalidad**

El control de constitucionalidad, es el mecanismo instituido en defensa de la supremacía constitucional, ejercido por uno o más jueces dependiendo del sistema (concentrado o difuso), mediante el cual, comparan y subordinan su ordenamiento local a su Carta Fundamental, en virtud de la cual toda norma o precepto contrarios a ella puede ser declarada inaplicable o inconstitucional según el régimen de invalidación.

La noción de supremacía de la Constitución en sus orígenes, es representada por dos corrientes que posicionan a la norma constitucional en los extremos de la escala jerárquica. En primer término, la tradición originaria de los Estados Unidos de Norteamérica, desde los comienzos del constitucionalismo norteamericano, que se fundamenta en la idea de la autonomía del individuo frente al poder del Estado y, en la supremacía constitucional (*higher law*) y en su garantía judicial como norma suprema.

El paradigma contrario, renuente al estadounidense, es aquel modelo iniciado por la Revolución Francesa, en el cual, la Constitución carece de valor como norma suprema, concibiéndola como un mero programa o documento político de transformación social y como tal exenta de control judicial.

### **1.1.a. Modelo estadounidense**

Fue en Estados Unidos que, se originó el control de constitucionalidad basados en el modelo del *Judicial Review*, y en las ideas de la Revolución Norteamericana que posicionan a la Constitución como norma suprema, y del cual nace el control de constitucionalidad de las leyes, siendo este de carácter difuso o difundido, ejercido por todos los jueces, que produce como efecto la inaplicabilidad de los preceptos declarados contrarios a la Constitución.

La revisión judicial o *Judicial Review* puede ser definida desde una doble función de los Tribunales que comprende, “la revisión de las leyes en lo que respecta a su concordancia con la Constitución y, la consiguiente nulidad de las que no la guarden; y la interpretación de las leyes para su aplicación según los principios de la constitución y del *common la*, de modo que, la ley que se aplica no es sin más la que aprobó el legislativo”.<sup>6</sup>

La Constitución de los Estados Unidos de 1787 señala en su artículo 3º, sección 2, primera parte, que los Tribunales conocerán de aquellos asuntos que surjan con motivo de la Constitución, reafirmando el su artículo 6º, numeral 2 y 3 el carácter de suprema (*the supreme law of the land*)

**“Art. 3º, sección. 2,1. El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad(...)”**

---

<sup>6</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel, Derecho Constitucional Comparado. Alianza Editorial, España 1984. p. 420.

***“Art. 6° 2. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.***

***3. Los Senadores y representantes ya mencionados, los miembros de las distintas legislaturas locales y todos los funcionarios ejecutivos y judiciales, tanto de los Estados Unidos como de los diversos Estados, se obligarán mediante juramento o protesta a sostener esta Constitución; pero nunca se exigirá una declaración religiosa como condición para ocupar ningún empleo o mandato público de los Estados Unidos.”(Destacado no está en el texto original)***

El modelo angloamericano de supremacía constitucional, concibe a la Constitución como un instrumento de tutela de disposiciones fundamentales pero a la vez, como una regla de juego de la competencia social y política, con escaso contenido axiológico, es decir, como un pacto de mínimos preceptos y derechos jurisdiccionalmente garantizados, que asegura la autonomía del individuo como sujetos privados y como agentes políticos. Sin embargo, la ausencia de protección constitucional expresa de derechos no significaba renunciar a la supremacía de aquellos, ni mucho menos someterla a la decisión del legislador. La idea que prevalecía bajo la Constitución de 1787 era que el pueblo soberano detentaba implícitamente ciertos derechos naturales que ningún órgano constituido podía desconocer o vulnerar.

“En Estados Unidos, frente a lo que sucedió en la Europa del XVIII, se afirmó la soberanía popular, lo que suponía entender que el pueblo -

compuesto por sujetos copartícipes de la soberanía— precedía y se superponía a cualquier órgano estatal, incluido el legislativo. La ley, por tanto, no podía disponer de los derechos y libertades en un doble sentido: no podía vulnerar los derechos contenidos en las disposiciones constitucionales, puesto que la Constitución era la primera y principal emanación de la voluntad del pueblo, que la había dictado en el ejercicio de su poder constituyente al que todos los poderes constituidos del Estado se sometían; pero, además, tampoco podía conculcar derechos y libertades que, aunque no se hubiesen recogido en la Constitución, se entendían reservados por el pueblo, es decir, derechos naturales que el pueblo soberano no había cedido a los órganos estatales”<sup>7</sup>

Para Héctor Fix–Zamudio “el sistema americano puede configurarse como la atribución al órgano judicial ordinario de la salvaguarda de la Constitución, generalmente dentro de una controversia concreta, predominando, aunque a veces sólo desde el punto de vista formal, los efectos particulares de la decisión de inconstitucionalidad”.<sup>8</sup>

Es a raíz del fallo enunciado en el caso Marbury Vs Madison (1803), que se consolida la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución instrumentalizado por la *Judicial Review*, destacando la opinión del Juez John Marshall, al señalar que toda ley contraria a la Constitución es nula, encontrándose sometidos a la Constitución, tanto los Tribunales, como los demás órganos del Estado (*The Constitution is superior to any ordinary act of the legislature*).

---

<sup>7</sup> BASTIDA Francisco J., VILLAVARDE Ignacio, REQUEJO Paloma y otros. Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Editorial Tecnos, España. 2004. p 21-22.

<sup>8</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965), Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México 1968.p.17.



“Todos aquellos que han establecido Constituciones escritas las han considerado como la ley fundamental y superior de la nación, y consecuentemente la teoría de tales gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo...

Si los tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican”.<sup>9</sup>

Con la sentencia referida, nace el control de constitucionalidad de las leyes de carácter difuso. Sin embargo, no existiendo una Corte específica que lo ejerza, sino que cada Juez en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, tiene la obligación de determinar si las leyes aplicables a un caso concreto, que se someta a su conocimiento, se encuentran conformes a lo señalado en la ley fundamental. En virtud del principio de supremacía constitucional, se pueden declarar inaplicables los preceptos que entren en pugna con la Constitución debiendo ajustar sus fallos a los preceptos de esta última.

En la palabras del profesor Francisco Zúñiga Urbina del fallo del Juez Marshall se desprenden dos ideas centrales, “por un lado, la necesidad de hacer efectiva la supremacía constitucional, sosteniendo que la Constitución es una norma superior y suprema que no puede ser modificada por medios legislativos ordinarios, porque de lo contrario es absurdo tener una Constitución escrita; por otro lado, sienta la idea de reconocer la facultad del Poder Judicial para hacer efectiva la supremacía de la Constitución,

---

<sup>9</sup> ANDRADE, María Virginia. La sentencia Marbury versus Madison (1803). Revista de estudiantes de derecho de la Universidad Monteávila. Venezuela. p.275.

afirmando que si los Tribunales, al ejercer la jurisdicción con relación a los casos que se les presenten, deben determinar cual es la regla de superior valor para imponer la jerarquía normativa, lo que les obliga a prescindir de la regla de menor valor que se le oponga, entonces son ellos los encargados de mantener la supremacía constitucional”.<sup>10</sup>

### **1.1.b. Modelo francés**

Por su parte, al otro lado del Atlántico, el modelo francés (supremacía de la ley) originado en la revolución francesa, se basa en el paradigma jurídico predominante en Europa de aquella época, tal es, el iusnaturalismo racionalista, el cual expresa, plena confianza en la razón humana como el instrumento capaz de lograr la transformación social, catalogando a la Ley como principal fuente del derecho al ser esta la manifestación de la razón y voluntad general, cumpliendo por tanto, “el mismo papel que desempeña la ley científica en el mundo del espíritu lo desempeña la ley jurídica en el mundo del Estado”,<sup>11</sup> posicionando a la Constitución, como un proyecto político, con intenciones transformadoras y transicionales, con amplio contenido axiológico que, incluye disposiciones materiales y principios. Cabe señalar que, las Constituciones en su parte material contemplaban solo principios programáticos los cuales eran extraídos por el legislador convirtiéndose así en normas vinculantes para los tribunales y para los poderes públicos. La parte dogmática de la Constitución, o no existía, o de

---

<sup>10</sup> ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Introducción al derecho procesal constitucional. Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile.2003. p. 11-12.

<sup>11</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. Op.Cit. p.70.

existir, era a través de principios generales, cuya positivización técnica requería la intervención de leyes ordinarias.<sup>12</sup>

La ley era considerada, el fundamento normativo mediante el cual se traducían la voluntad general, con el objetivo del bien común. Esta era conformada en el cuerpo legislativo (Parlamentarios), como representantes de la ciudadanía, catalogados como los únicos garantes de la Revolución, por sobre el Rey y los Jueces.

Para las ideas revolucionarias de la época, se configuraba la Ley como fuente fundamental del derecho por sobre la Constitución, existiendo una especie de legicentrismo.

“La ley es, para los revolucionarios, la primordial fuente del derecho, la fuente del derecho superior a todas las demás, lo que convierte a la Constitución en simple ley en la medida en que esta última será concebida a la postre como un mero documento político y no como una norma jurídica efectiva, dotada por ello de la capacidad que a éstas se atribuye: la de imponerse a otras normas inferiores que le están subordinadas desde el punto de vista de la jerarquía normativa. La superioridad del parlamento y la supremacía de la ley como expresión de la voluntad general que se deriva de aquella superioridad parlamentaria determinarán, pues, el auténtico *valor* de la Constitución en Francia: harán ley a la Constitución”.<sup>13</sup>

La Constitución carecía de carácter normativo, era un mero documento político y como tal no era considerado parámetro de control de las leyes. Era

---

<sup>12</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas. 3era edición. España.1983. p.56.

<sup>13</sup> BLANCO VALDÉS. Roberto. Francia, o la Constitución hecha Ley. p.99. (la cursiva en el original).

el propio poder legislativo quien procuraba no exceder sus competencias, durante el proceso de formación de la ley ejercía un control político.

“De hecho la Constitución tuvo sólo un valor político. Confirma lo señalado el hecho que ninguna de las tres Constituciones del período revolucionario francés dispuso verdaderos instrumentos jurídicos destinados a controlar el respeto efectivo del legislador de los principios materiales contenidos en la Constitución (...) El principal motivo para no contar con dicho control fue que la Constitución no era norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico y por tanto no era posible considerarla como un parámetro de control de la actividad legislativa”.<sup>14</sup>

Esta etapa, como ya lo mencioné, se caracterizó por la gran confianza que detentó el poder legislativo por sobre el judicial y el ejecutivo, como consecuencia de los constantes abusos de autoridad que estos últimos cometían, principalmente en épocas de monarquías absolutas, confiriendo competencia al poder parlamentario como depositario de la soberanía; de poner en marcha la norma suprema, en términos rousseauianos, de manera ilimitada y carente de control heterónimo, tal como lo menciona Louis Favoreu en su obra “Los Tribunales Constitucionales”, al destacar que “a partir de la Revolución de 1789, a lo largo del siglo XIX y a comienzos del siglo XX, el dogma rousseauiano de la infalibilidad de la ley se impone y difícilmente se discute”.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. La influencia del constitucionalismo revolucionario francés en el control de constitucionalidad de la ley. En Revisión del legado jurídico de la Revolución Francesa en Las Américas. (Simposio). Universidad Bernardo O’Higgins. 2011. p.135.

<sup>15</sup> BULNES ALDUNATE, Luz, La fuerza normativa de la Constitución, Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1998, p.1.

Se enfatiza la superioridad política del Parlamento y, la supremacía jurídica de la ley, como expresión máxima del principio representativo nacional, temiendo de la eventual inmunidad judicial por sobre la soberanía parlamentaria. Lo anteriormente expuesto, se reforzaba por la formación conservadora de los jueces y su carácter no electivo, sino más bien profesional.<sup>16</sup>

Con el tiempo, esta distribución del poder provocó un desborde legislativo, un crecimiento desenfrenado y desmedido de la producción legislativa no logrando tampoco un orden a través de una codificación de manera estructurada y completa que evitara la promulgación frenética de nuevas normas.

Investido de gran protagonismo como colegislador, el poder ejecutivo masificó aún más la producción normativa, concluyendo con la pérdida del carácter general, abstracto y permanente de la aquella entonces norma suprema: la ley.

### **1.1.c. Modelo europeo**

Es a partir del siglo XX, específicamente en 1920, con la creación de los Tribunales Constitucionales, inspirados en las ideas del jurista austriaco Hans Kelsen, que en Europa se estableció un modelo y estructura de justicia constitucional, ejercido por un tribunal independiente. Este modelo, se fortaleció con la concepción de Constitución Normativa, dejando de ser la ley sinónimo de garantía para el Estado de Derecho, entregándole dicha función a la Constitución, identificándose con ciertas ideas del modelo norteamericano.

---

<sup>16</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op.Cit. p.56.

En el modelo austriaco o europeo, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes es ejercida por un órgano estructuralmente independiente de las autoridades judiciales pero, que de igual manera, ejerce una actividad jurisdiccional propia, siendo considerado este tipo de tribunales como “intérpretes supremos de la Constitución” o “Guardianes de la Constitución”.

Confían la protección y tutela de su norma suprema a un órgano político, esto es, a un tribunal constitucional específico y diverso a los órganos jurisdiccionales ordinarios. Un poder neutro, moderador o armónico que intervenga en la resolución de conflictos entre el Parlamento y el Gabinete.<sup>17</sup>

“Lo que caracterizaba al «sistema europeo» tal como queda plasmado a partir de 1920, antes y por encima de cualquiera de sus conocidos elementos integrantes, es el haber hecho el control de constitucionalidad de las leyes una *función regulada, positivizada, racionalizada y, en definitiva, limitada*”.<sup>18</sup>

En consecuencia, el sistema europeo instaura un control de constitucionalidad de las leyes de manera autónoma y ejercido por un órgano jurisdiccional independiente y único.<sup>19</sup> Un sistema de jurisdicción constitucional concentrado.

---

<sup>17</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965), Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México 1968.p.17.

<sup>18</sup> CRUZ VILLALÓN. Pedro. La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 32 (Las cursivas y entrecorillados en el original).

<sup>19</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op.cit. p.56.

Durante la segunda mitad del siglo XX y, específicamente después de la II Guerra Mundial, se masifica este modelo primeramente, en países como Italia (1947), Alemania, en su ley fundamental (1949), en Francia con el *Conseil constitutionnel* (1958). Con el fin de los regímenes dictatoriales, se consolida en Portugal (Constitución de 1976 revisada en 1982) y en España (Constitución de 1978). Luego, se extendió a los países latinoamericanos, entre ellos Chile en 1970.

#### **1.1.d. Modelo chileno**

En Chile las Constituciones anteriores a la de 1980, han recogido los distintos modelos de control de constitucionalidad reseñados.

En el siglo XIX en Chile, diversos preceptos constitucionales, así como la doctrina y jurisprudencia nacional, adhirieron a la idea de que sea el Congreso Nacional quien ejerza la atribución exclusiva de único intérprete y guardián de la Constitución y de su supremacía. Los Tribunales carecían de la facultad de declarar inconstitucional una ley.

Bajo el mismo contexto, Manuel Carrasco Albano señaló que, “es verdad que la interpretación de las leyes comunes sólo pertenece a los tribunales de justicia; pero no sería posible sino hasta cierto punto extender el mismo principio a las leyes fundamentales del Estado, sin sujetarnos a las vacilaciones consiguientes a la vaguedad de la ley suprema”.<sup>20</sup>

Así, la Constitución de 1833 estableció el control político, tal como en Francia del siglo XVIII, es decir, un control político de constitucionalidad de

---

<sup>20</sup> CARRASCO ALBANO, Manuel, Comentarios sobre la Constitución Política de 1899. Edición oficial. Chile 1877. p. 198.

las leyes ejercido por el Congreso. El poder judicial carecía de dicha atribución en protección al principio de separación de poderes.

La propia Constitución, en su artículo 164 relativo a su observancia y reforma, indica: "Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 i siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos".

Reafirmando la idea anterior, el año 1848 la Corte Suprema emitió un dictamen a petición del Gobierno que en lo pertinente, señalaba:

***"(...) el Tribunal observará que ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después del Código fundamental y de quitarles por este medio sus efectos y su fuerza obligatoria. Ese poder, que por su naturaleza sería superior al del legislador mismo, puesto que alcanzaría a anular sus resoluciones, no existente en magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del legislador de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular y no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones".<sup>21</sup>***

Por su parte, la Constitución de 1925 crea un mecanismo para proteger el principio de supremacía constitucional instaurado en su artículo 86º inciso segundo con la acción de inaplicabilidad por inconstitucional. Se adhiere en algún modo, al modelo constitucional norteamericano, otorgándole a la Corte Suprema, de manera exclusiva, la facultad de declarar la inaplicabilidad de los preceptos legales para el caso concreto.

---

<sup>21</sup> PEÑA TORRES, Marisol. Desafíos para la justicia constitucional chilena a partir de de la reforma de 2005. Cuatro estudios de la Justicia Constitucional. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 36. Chile. 2007. p.24-25. (Destacado no está en el texto original)



El mencionado artículo indica: “La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal, contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación.”

En el año 1970, se modifica la Constitución y se crea el Tribunal Constitucional, incorporando la figura del control preventivo de constitucionalidad de las leyes, que refuerza la protección de la supremacía constitucional en Chile y, estableciendo así, un sistema basado en los ideales europeos, incorporando un órgano especializado para resolver los conflictos de inconstitucionalidad de las leyes durante su tramitación.

En 1980, la Carta establece un sistema de control concentrado dual, correspondiéndole al Tribunal Constitucional el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes y, a la Corte Suprema el control a posteriori de inaplicabilidad para casos particulares respecto de aquellos preceptos legales que sean contrarios a la Constitución.

La Corte Suprema, entre los años 1981 y 2005 conocía de la acción de inaplicabilidad, en los términos similares a la Carta de 1925.

A partir del año 2005, con la promulgación de la Ley 20.050, se refuerza un sistema de control de constitucionalidad concentrado, radicado de manera exclusiva en el Tribunal Constitucional quien, actualmente ostenta la atribución de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes facultándolo para declarar la inconstitucionalidad de dichas leyes con efectos generales o la inaplicabilidad de las mismas, generando un

monopolio de lo contencioso constitucional, del control preventivo y represivo, tanto abstracto como concreto, consolidando la preservación de la supremacía constitucional en nuestro país, de conformidad con el artículo 93.

## **1.2.- La supremacía constitucional y el control de constitucionalidad**

Partiré señalando que, el ordenamiento jurídico desde la arista sistemática se conceptualiza como el conjunto complejo de normas o aquel sistema de normas jurídicas<sup>22</sup> formando un todo en el cual, conviven diversas normas, como son las de conducta y estructurales o de competencias.

Constantemente, se van creando nuevas normas jurídicas considerando que, el ordenamiento jurídico se caracteriza por ser esencialmente dinámico conforme van cambiando las necesidades de la sociedad que regula.

“Es imposible que el poder legislativo dicte todas las normas necesarias para regular la vida social, y por ello entonteces se limita a dictar las normas genéricas, que contienen solo directivas, y confía a los órganos ejecutivos, que son cada vez más numerosos, el encargo de hacerlas exigibles”.<sup>23</sup>

Al relacionarse simultáneamente normas provenientes de diversas fuentes y órganos que las crean, no es compatible la idea de ordenamiento jurídico con un único tipo de fuentes, es de toda regularidad y normalidad

---

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Editorial Temis. Colombia. 1992. p 147 y ss.

<sup>23</sup> BOBBIO, Op.Cit., p.155.

por tanto que entre ellas pueda existir una coherencia, como también ciertos problemas, los principales las antinomias y lagunas jurídicas.

No se puede hablar de ordenamiento jurídico, si no lo caracterizamos como unitario, característica basada en una norma suprema o fundamental que entrega unidad a las demás normas que lo componen, siendo por tanto el fundamento de validez de las demás normas pertenecientes al mismo orden.

Al respecto Hans Kelsen expresa que: “Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden”.<sup>24</sup>

Por tanto, sostendré la idea que, el concepto de ordenamiento jurídico no niega la posibilidad de que existan órganos que dicten normas jurídicas que conflictúen entre si, siendo necesario definir cuáles normas son válidas, aplicables o vigentes.

En palabras de Norberto Bobbio, “es inexacto hablar, como se hace muy frecuentemente, de coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto; se puede hablar de exigencia de coherencia solo entre las partes individuales de este”.<sup>25</sup>

La antinomia es aquella situación en que dos normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico, y que coinciden en el ámbito temporal, espacial,

---

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. Editorial Porrúa. 10ª edición. México. 1998. p.202.

<sup>25</sup> BOBBIO, Op.Cit., p.183.

personal y material de validez, producen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí al ser aplicadas al caso concreto, y por tanto impide su aplicación simultánea.<sup>26</sup>

Reitero la idea que la Constitución es el fundamento de validez, siendo el control de constitucionalidad, el mecanismo a través del cual el ordenamiento jurídico enfrenta la existencia de normas contrarias a la Constitución.

Para Pedro Cruz Villalón “La primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento puede ser una realidad sustentada en la opinión pública, en el ejercicio de las libertades públicas, en la conciencia de la legitimidad, y por tanto aun en el ejercicio del derecho de resistencia. Ésas han sido durante mucho tiempo las armas de la Constitución en nuestro entorno más próximo. Y a bien poco conduciría negarse a hablar de supremacía de la Constitución en ese contexto. El control de la constitucionalidad, pues, sólo matizadamente puede ser considerado presupuesto de la primacía de la Constitución. Pero (...) no cabe menos que subrayar el salto cualitativo e incluso la *mutación* operada en la Constitución (...) como consecuencia de la acumulación de dos factores: el paso de la Constitución «orgánica» a la Constitución «material» y el paso de la «garantía *política*» a la «garantía *jurisdiccional*» de la Constitución”.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel. Antinomias o conflictos de leyes. Criterios de solución. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Febrero de 2010, p. 278.

<sup>27</sup> CRUZ VILLALÓN Pedro, La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 27 (las cursivas y entrecomillados en el original).

Las Constituciones en general y las latinoamericanas en particular, reservan para sí su supremacía normativa que aseguran a través de distintos mecanismos de justicia.

La mayoría de las Constituciones en Latinoamérica, contienen disposiciones que reconocen su rango normativo y valor jurídico, definiendo en primer lugar, el carácter de norma jurídica de la Constitución Política, reconociendo su valor normativo.

Luego, establecen que la norma suprema del ordenamiento jurídico será la Constitución; adicionalmente le otorgan el valor de fuente primaria y fundamento en el derecho interno y, como consecuencia de aquello, es referente para determinar la validez de las demás normas jurídicas y de los actos de los poderes públicos. Así como su carácter vinculante y parámetro de eficacia respecto de los poderes públicos, órganos del Estado, autoridades y ciudadanos en general.

En base a lo anteriormente dicho, es que existen disposiciones de manera expresa y clara en el texto constitucional, como lo es, en el caso de Chile, que definen el rango normativo y su eficacia jurídica en reconocimiento del principio de supremacía de la Constitución. Así como, la sujeción de los poderes públicos y el resto de los órganos del Estado y, el deber de los ciudadanos y ciudadanas de respetarla y obedecerla, reconociendo y reforzando el carácter normativo y de supremacía jerárquica de la Constitución.

“La Constitución, en tanto que norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos, incluidos el Parlamento y por tanto, la ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios de que

éstos arrancan o que se infieren de ellos, y a los valores a cuya realización aspira.

Tal es lo que configura la esencia del Estado Constitucional de derecho...”.<sup>28</sup>

Para determinar el carácter supremo de la Constitución es menester distinguir entre los diversos autores y sus teorías al respecto.

### **1.2.a. La supremacía como fuente de validez**

Con este criterio se reafirma el hecho de que la Constitución goza de una especial posición jurídica en relación al resto del ordenamiento jurídico, es norma suprema jerárquicamente, determinando el ámbito de vigencia y validez de las normas inferiores del ordenamiento jurídico, las que deben sujetarse tanto formal como sustancialmente a ella.

Hans Kelsen señala que “La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a un mismo y el mismo orden”.<sup>29</sup>

Al respecto, agrega que la Constitución puede ser formalmente superior a la ley “bajo el presupuesto de que la simple ley no tenga fuerza como para derogar la norma constitucional que determina su producción y su contenido”.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel, “El status del Tribunal Constitucional” Revista Española de Derecho Constitucional. Volumen 1. Nº1. España. 1981. p.18.

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. Editorial Porrúa. 10ª edición. México. 1998. p.202.

<sup>30</sup> Ibid., p.234.

Por ende, la norma Constitucional es suprema ya que, condiciona la forma de producción y el contenido de las diversas normas que conforman el ordenamiento jurídico y, la injerencia que tendrán cada una de ellas.

Héctor Fix-Zamudio, menciona que: “El principio de supremacía, por tanto descansa en la idea de que por representar la Constitución la unidad del sistema normativo y estar situada en el punto más elevado de éste, contiene las normas primarias que deben regir para todos dentro de un país, sean gobernantes o gobernados; dichas normas primarias constituyen al propio tiempo la fuente de validez de todas las demás normas que por eso se han llamado secundarias y que componen el derecho positivo en general”.<sup>31</sup>

#### **1.2.b. La supremacía jerárquica de una norma en razón al procedimiento y órgano creador**

Según este criterio, una norma es superior jerárquicamente por sobre las otras normas del ordenamiento jurídico, cuando el órgano o funcionario del que proviene tiene un carácter superior, así como el procedimiento de creación es más complejo.

Para el autor Tomás-Ramón Fernández, la jerarquía normativa está establecida por el órgano que la crea, siendo la norma superior aquella creada por un órgano superior, destaca que, “la jerarquía de las normas no es nunca una jerarquía de los procedimientos de producción y elaboración

---

<sup>31</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor, Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, Porrúa, UNAM, sexta edición, México 2009, p.68.

de las normas, sino un reflejo y una consecuencia de la diferente calidad de los sujetos que las producen”.<sup>32</sup>

Para Norberto Bobbio, la jerarquía entre dos normas puede darse en relación a la procedencia, es decir “dos normas se consideran una superior y otra inferior cuando provienen de órganos de los que el segundo está jerárquicamente subordinado al primero”.<sup>33</sup>

Por tanto, la Constitución al emanar del poder constituyente, en un comienzo, sería superior las demás normas que emanan de los poderes constituidos del Estado.

### **1.2.c. La supremacía como criterio de la norma que prevalece en caso de conflicto normativo**

Parte de la doctrina sostiene que la superioridad jerárquica de una norma es determinada por la aplicación o no de ésta en caso de conflicto normativo; siendo la norma aplicada, la que prevalece y por tanto es catalogada de superior frente a la otra que sucumbe ante ella.

Para Guastini,<sup>34</sup> la inferioridad jerárquica de una fuente, se infiere del hecho de estar destinada a sucumbir ante otras fuentes cuando entra en conflictos con ellas. Cuando una norma prevalece en dicho conflicto, se dirá que es superior, por tanto la norma superior es aquella que no se puede contradecir válidamente.

---

<sup>32</sup> RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad, En RUIZ MIGUEL, Alfonso, El principio de Jerarquía Normativa, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8. Núm. 24. Septiembre-Diciembre 1988, p.136.

<sup>33</sup> BOBBIO, Contribución a la teoría del derecho. Editorial Debate. España. 1993. p.343

<sup>34</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución, El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica, Editorial Trotta, 2013, p. 160.



En base a lo señalado, sería la Constitución una norma superior porque en caso de conflicto con otras normas prevalece por sobre ellas.

#### **1.2.d. Criterio de supremacía como deber de obediencia o acatamiento**

Para Alfonso Ruiz Miguel, los argumentos antes señalados no satisfacen el concepto de superioridad jerárquica, siendo estos insuficientes o de escasa validez en la práctica “no siempre que aparecen se considera a las normas en cuestión en relación de subordinación, y, a la inversa, la existencia de esta relación no implica necesariamente la aplicabilidad de la norma superior en caso de conflicto, la protección de ésta mediante un procedimiento de derogación o reforma especial y más gravoso, ni, en fin, la capacidad derogatoria desigual de las dos normas”.<sup>35</sup>

Para este autor, la jerarquía normativa consiste en el reconocimiento de que una norma es superior, igual o inferior a otra y por tanto, toda norma superior debe ser acatada por las normas inferiores. Este deber de obediencia o acatamiento que cataloga formalmente superior a una norma aunque no tenga un control o capacidad de reforma sobre la norma inferior.

En un sentido coincidente con Ruiz Miguel, Prieto Sanchís manifiesta que la supremacía es la cualidad que ostenta una norma para generar un deber de obediencia o de acatamiento en relación a otras normas, teniendo la vocación de imponerse sobre las demás en caso de conflicto, en base a la

---

<sup>35</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso, El principio de Jerarquía Normativa, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8. Núm. 24. Septiembre-Diciembre 1988, p.140.

mayor fuerza que la reconoce como superior tanto las instituciones como el pueblo directamente.<sup>36</sup>

En este caso, la Constitución es superior porque es obedecida, siendo los mecanismos institucionales de tal acatamiento: la reforma y la garantía jurisdiccional de la Constitución.

### **1.3. Supremacía constitucional en la Constitución Política chilena**

En el caso de la Constitución chilena, es ella misma quien declara de manera explícita su supremacía normativa en diversos articulados, siendo el precepto rector el artículo 6 inciso primero, que expresa: **“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.”** (Destacado no está en el texto original)

En su inciso segundo, consagra el principio de vinculación directa de la Constitución al estimar que: **“Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”** (Destacado no está en el texto original)

Eduardo García de Enterría,<sup>37</sup> indica certeramente que la Constitución, al ser la primera norma de producción y, “fuentes de las fuentes”, define y configura el sistema de fuentes formales del derecho.

---

<sup>36</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución, en El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica, Editorial Trotta, 2013, p. 156.

<sup>37</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op.Cit. p.50.

En base a las palabras del autor, diré que la Constitución, no solamente establece su supremacía respecto de las demás fuentes del ordenamiento, desde un punto de vista material y formal, sino que establece adicionalmente la jerarquía (infra constitucional) de las demás normas del ordenamiento, producidas por los poderes constituidos.

En definitiva, la condición de la Constitución, como norma suprema y obligatoria toda vez que, todo acto de poder para ser legítimo debe sujetarse a los mandatos y preceptos de la propia Constitución y, por lo tanto, debe existir necesariamente un mecanismo que controle dicha sujeción, es el llamado control constitucional, que actúa en estos casos como garante jurisdiccional de la Constitución. En palabras de Kelsen se reafirma al señalar que: “una Constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico”.<sup>38</sup> La Constitución es suprema porque está garantizada jurisdiccionalmente.

En nuestro ordenamiento, jurídico esta facultad que tiene como finalidad garantizar la supremacía de la Constitución, se encuentra establecida principalmente en el artículo 93, al señalar las funciones del Tribunal Constitucional, destacando el ejercicio de la función de control de constitucionalidad previo y el llamado juicio de constitucionalidad o cuestión de constitucionalidad, en el aseguramiento del principio de supremacía constitucional.

---

<sup>38</sup> KELSEN, Hans: "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)". Trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, en Revista Anuario Jurídico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974, p. 510.

## **1.4 Génesis del control de convencionalidad**

El control de convencionalidad en sentido amplio, tiene su origen conceptual en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Inicialmente en el contenido de diversos votos particulares que lo mencionaban y posteriormente ya de manera más explícita en los razonamientos o partes decisorias de la sentencia. Por tanto, este control tiene un origen jurisprudencial fruto de un activismo tribunalicio.

Para Néstor Pedro Sagüés, el control de convencionalidad es una herramienta que tiene como finalidad asegurar el respeto, la garantía y la efectividad de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo es de utilidad para la práctica e inmediata elaboración de un *ius commune* en la región.<sup>39</sup>

Para efectos de desarrollar de manera más clara la hipótesis de esta tesis, resulta necesario distinguir entre los conceptos de control de convencionalidad internacional externo u originario y, el control de convencionalidad interno o nacional, toda vez que, este último se contrastará y comparará con el control de constitucionalidad en la realidad normativa chilena.

### **1.4.a. Control de convencionalidad externo**

En cuanto a esta primera acepción, el control de convencionalidad externo es realizado por la Corte IDH de modo concentrado, verificando la

---

<sup>39</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, Universidad de Talca, Chile, pp.119-120.

conformidad entre las disposiciones internas, las conductas y los actos de los Estados partes de la CADH y los instrumentos internacionales de derechos humanos y, principalmente la Convención, procurando que no se vulneren sus contenidos, disponiendo en caso de que lo sean, la reforma, abrogación o inaplicación de dichos actos o normas internas.

Es en el año 2004 que, la Corte Interamericana describe la función que se auto asigna para ejercer el control de convencionalidad, al pronunciarse en su voto razonado, el Juez García Ramírez en la sentencia del caso **Tibi vs. Ecuador** <sup>40</sup>, párrafo tercero: ***“La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos.<sup>41</sup> A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.”***

Sin embargo en esa época, no se desarrolla con profundidad ni especificación adecuada el concepto de esta nueva figura jurídica, me permito reiterar, creada jurisprudencialmente.

---

<sup>40</sup> CORTE IDH. Tibi vs. Ecuador. Serie C N° 114 (07 de septiembre de 2004). (Destacado no está en el texto original)

#### **1.4.b. Control de convencionalidad interno**

En cuanto al control de convencionalidad interno, es primeramente necesario reproducir las palabras de la profesora Miriam Henríquez Viñas, al expresar de manera categórica que, este tipo de control no tendría un concepto único y definido, sino que se trata más bien de un concepto híbrido, inacabado y actualmente controvertido.<sup>42</sup>

Describe la idea de que “El control de convencionalidad interno es una institución originada pretorianamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos perfiles no han sido definidos con precisión desde un inicio, sino que se han construido de manera paulatina en el devenir jurisprudencial. Lo dicho hace del control de convencionalidad un modelo todavía inacabado, en que además la doctrina desarrolla tesis diversas sobre su naturaleza, lo que da lugar a numerosas incertidumbres relativas al alcance de los destinatarios, parámetro, objeto y efectos del control”.<sup>43</sup>

Sin embargo, puedo decir que, este tipo de control implica que los órganos del Estado, en el contexto de sus competencias, deben considerar la CADH y la interpretación que sobre ésta ha realizado la propia Corte, con el objetivo de dar plena eficacia a los derechos humanos en la región.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, La polisemia del control de convencionalidad interno, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2014,p.116.

<sup>43</sup> *Ibid.*p138.

<sup>44</sup> STEINER Christian y URIBE Patricia. “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”. Konrad Adenauer Stiftung. 2013. p.13.

La primera aparición del concepto de este tipo de control de convencionalidad, aunque sin mayor detalle, surge a raíz del fallo del año 2003 correspondiente al caso **Myrna Mack Chang vs. Guatemala**<sup>45</sup>.

En dicha sentencia se rescata el voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, que señala: “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.”

Posteriormente, se detalla de manera expresa en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a raíz del caso “**Almonacid Arellano y otros vs. Chile**”, del año 2006, en su considerando 124 que, en definitiva ordena a los jueces nacionales a declarar inválidas las normas internas que contravengan a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a la interpretación dada a ésta por la Corte Interamericana.

“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

---

<sup>45</sup> CORTE IDH. Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Serie C Nº 101 (25 de noviembre de 2003). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 7, año 2015.

vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “Control de Convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.<sup>46</sup>

La Corte en el fallo mencionado, se refiere a una “especie” de control de convencionalidad en su implementación en el plano interno<sup>47</sup>, haciendo en mi opinión, un acercamiento algo impreciso a aquel control de convencionalidad realizado por ella a nivel internacional. Posterior a este pronunciamiento se refiere en múltiples fallos<sup>48</sup> al control de convencionalidad a ejecutarse en sede interna por los Estados partes del

---

<sup>46</sup> CORTE IDH. Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Serie C N° 154 (26 de septiembre de 2006). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, año 2015.

<sup>47</sup> Lo utiliza también de ese modo en el fallo del Caso Boyce y otros vs. Barbados, párrafo 78, (2007).

<sup>48</sup> Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, considerando 128 (2006); Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párrafo 180 (2008); Caso Radilla Pacheco vs. México, considerandos 228 a 340 (2009); Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrafo 225 (2010); Caso Gelman vs. Uruguay, párrafos 193 y 239 (2011); Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, párrafo 497 (2014); Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, párrafos 436, 461 y 464 (2014) Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, párrafo 213 (2014); entre otros. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, año 2015.



sistema interamericano de derechos humanos, retirando el prefijo “especie” y lo asimila en sus características, aún más al control de convencionalidad externo y por tanto, intenta dotarlo de firmeza y sustento.

Es ahí, donde a mi entender se demuestra el carácter inacabado que menciona la abogada Henríquez. Esa heterogeneidad acompañada de cierta cuota de ambigüedad, no siendo clara la Corte desde su inicio en señalar qué pretendía expresar con “una especie de” y luego transformar el término aplicado, proyectándolo casi al mismo nivel de exigencia y rigurosidad que el realizado por ella en sede internacional.

Al respecto el autor Karlos Castilla Juárez, señala que durante los primeros siete años desde la aparición del concepto de control de convencionalidad la Corte no ha sido clara ni detallada en explicar lo que él llama el “falso control de convencionalidad”, refiriéndose al control en sede interna. Al respecto se destaca su siguiente idea: “La Corte no había explicado si lo que pedía era un ejercicio verdadero de control equivalente al de constitucionalidad (inaplicaciones-expulsiones normativas), si era una labor idéntica a la de los órganos internacionales como únicos y originales poseedores del *control de convencionalidad (o de tratados)*, o qué operación jurídica era exactamente la que ordenaba.”<sup>49</sup>

En efecto, lo que respecta al origen del control de convencionalidad interno, es la Corte IDH quien, por vía jurisprudencial le impone a los Estados adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, para que ejerzan el control de convencionalidad a nivel interno, similar como lo hace

---

<sup>49</sup> CASTILLA JUÀREZ, Karlos. “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”. Revista Derecho del Estado, núm. 33, julio-diciembre, 2014. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. p.159 (las cursivas corresponden al texto original).

la propia Corte a nivel externo, velando siempre por el resguardo y garantía de su instrumento internacional fundamental.

Este resguardo se ha extendido incluso más allá de la región, a otros instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales que superan la competencia material de la CADH. Así lo analizaré en el tratamiento del acápite siguiente de la presente tesis.

En palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “el control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.<sup>50</sup>

En consecuencia, y en base a lo fallado por la Corte, se puede señalar, a modo de cierre del presente acápite, en relación al concepto del control de convencionalidad interno que, los Estados, en el ámbito de sus competencias y, dentro de los procedimientos que las leyes les establecen, deben realizar el control difuso de convencionalidad, bajo los mismos parámetros que lo hace la Corte IDH, debiendo verificar la adecuación de las normas jurídicas internas y la normativa internacional de los derechos humanos.

Por tanto, el sistema internacional interamericano mediante este mecanismo, exige el reconocimiento, de los órganos de los Estados partes, de la supremacía de su plexo normativo.

---

<sup>50</sup> FERRER MC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, año 2010, p. 176.

Respecto a este último punto, surge la temática que trataré en el apartado siguiente, analizando dicha supremacía normativa de la CADH y la observancia de este instrumento internacional y de aquellos que sugiere la misma Corte IDH, ejercida por los órganos nacionales de los Estados partes.

#### **1.4.c. La supuesta supremacía normativa de la Convención Americana según la teoría del control de convencionalidad**

Para la Corte IDH, los fundamentos del control de convencionalidad interno se desprenden normativamente de los artículos 1 (numerales 1 y 2) y 2 de la CADH<sup>51</sup> que consagran el respeto, garantía y adecuación al sistema interamericano de derechos humanos y el artículo 29 y 68 del mismo cuerpo legal y de los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide*, establecidos en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados y el principio que impide alegar derecho interno para eximirse de las obligaciones internacionales, previsto en el artículo 27 del mismo cuerpo normativo.<sup>52</sup>

Los artículos 1 (numerales 1 y 2), 2 y 29 de la CADH tratan respectivamente sobre la obligación de respetar los derechos contenidos en ella y del deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivo el cumplimiento de dichos derechos. (Lo destacado en lo redactado a continuación no está en el texto original)

---

<sup>51</sup> Considerando 123 Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006).

<sup>52</sup> Considerando 125 Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006) “En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.

**“Artículo 1.**

**1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.**

**2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.**

**Artículo 2.**

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

**“Artículo 29.**

**Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:**

**a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;**

**b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;**

**c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y**

**d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”**

El artículo 68 numeral 1 de la CADH señala: **“Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.”**

Para Eduardo Ferrer, se puede hablar de un principio de supremacía convencional, en base al cual el control de convencionalidad supone que el material controlante es jurídicamente superior y por tanto de mayor jerarquía que el material controlado, es aquí donde “la CADH adquiere una prevalencia superior respecto de cualquier norma interna (incluidas las Constituciones), como se ha puesto en evidencia con la evolutiva jurisprudencia convencional, que hace suponer una “supremacía convencional”.<sup>53</sup>

La Corte IDH, ha establecido que toda actuación contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte de la CADH, provocaría una violación de esta y genera consecuentemente responsabilidad internacional del Estado, siendo esta la manera de exigir su respeto y primacía por sobre el derecho interno.

---

<sup>53</sup> FERRER MC-GREGOR, Eduardo, El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, año 2010, p.186.

Siguiendo la idea anterior, Néstor Pedro Sagüés ha señalado que los fundamentos jurídicos del control de convencionalidad, son principalmente dos y, ambos se originan del derecho internacional. Estos son: el efecto útil de las obligaciones internacionales que deben ser cumplidas de buena fe; y la prohibición de invocar derecho interno para incumplir dichas obligaciones, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.<sup>54</sup>

En este contexto, los Estados partes de la CADH, estarían obligados a poner en práctica las medidas necesarias para garantizar el *effet utile* de la misma, y así dar cumplimiento a las obligaciones estatales señaladas en el punto anterior, cuya eficacia no puede ser obstaculizada por normas o prácticas de los Estados.

Sin embargo, en mi opinión, no existe expresamente en la Convención la obligación de que los Estados deben ingresar el derecho internacional al derecho interno, cómo incorporarlo o la manera en que sus jueces nacionales deban aplicarlo.

Es por tanto, la propia Corte quien se ha convencido de la existencia de dicha norma internacional amparada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, obligando a los Estados a dejar de aplicar el derecho interno para preferir el derecho internacional.

En el mismo sentido la profesora Ximena Fuentes, en su artículo “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja” en el cual señala lo siguiente: “Efectivamente el artículo 27 de la

---

<sup>54</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro, El control de convencionalidad, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, trabajo del Max Planck Institut Heifelberg, Alemania.

Convención de Viena establece una regla obvia de derecho internacional según la cual los Estados no pueden excusar el incumplimiento de una obligación internacional en las disposiciones de su derecho interno. Es una regla obvia pues de otra manera sería imposible violar el derecho internacional a través de leyes nacionales, las que funcionarían como eximentes de responsabilidad. Sin embargo, la disposición no dice nada acerca de cómo cada sistema jurídico internacional debe definir la incorporación del derecho internacional al derecho interno ni la forma de operación del derecho internacional en el derecho interno. Es inaudito leer el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como si estableciera una obligación de autoejecutabilidad de los tratados en el derecho interno o como si estableciera una obligación de poner a los tratados sobre la ley en el derecho nacional de cada país”.<sup>55</sup>

Es preciso diferenciar y aclarar, que no es lo mismo que un Estado incurra en responsabilidad internacional por el comportamiento de sus órganos que, obligar a los tribunales nacionales a declarar inaplicables o sin efectos disposiciones del ordenamiento jurídico nacional por contradecir los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado parte.

Reiterando la afirmación de que la Convención no establece un sistema de auto ejecutoriedad de la misma, ni sugiere la implementación de cláusulas de supremacía.

---

<sup>55</sup> FUENTES TORRIJO, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes\\_\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes__Spanish_.pdf), consultada el 08 de diciembre de 2014.

Por lo tanto, reforzando lo ya dicho, el derecho internacional no obligaría a los Estados a reconocer la supremacía de las normas internacionales respecto de su ordenamiento jurídico interno, según el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados. El objetivo real de dicho precepto, es impedir que la aplicación de normas internas contrarias a la norma internacional, perjudiquen la protección de garantías indispensables al ser humano, destinatario final del tratado.

Finalmente, en este apartado es necesario mencionar el material o instrumento controlante a considerar para ejercer el control de convencionalidad interno, según la Corte IDH.

En base a sus diversos veredictos, es que la Corte IDH ha ido estableciendo el parámetro de convencionalidad al momento de ejecutar el control de convencionalidad. Este ha variado en el tiempo y, últimamente ha ampliado su competencia material.

La Corte señaló en un principio que, el parámetro y objeto de control, se conformará por la CADH o Pacto de San José de Costa Rica y, la jurisprudencia emanada de la Corte IDH sobre el Pacto (sentencias contenciosas definitivas, reparaciones o interpretativas), extendiendo en sus recientes fallos a otros tratados internacionales de derechos humanos respecto de los cuales no tiene competencia material la CADH e incluso a las opiniones consultivas ejercidas por la Corte IDH.

En el la sentencia **Almonacid Arellano y otros vs., Chile**, la Corte señala a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 124) como parámetro de convencionalidad. Posteriormente, en el caso **Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú**, amplía el ámbito de



referencia a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris convencional* de los derechos humanos.<sup>56</sup>

Al respecto y, bajo el mismo tenor, el Juez Eduardo Ferrer Mc-Gregor,<sup>57</sup> habla de un bloque de convencionalidad, que incluye al Pacto de San José de Costa Rica, pero adicionalmente los protocolos de San Salvador de Bahía, el relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, La Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer y la de Desaparición Forzada de personas que conforman el *corpus iuris internamericano*.<sup>58</sup>

Estos tratados tienen en común que son sobre materias comprendidas dentro de las atribuciones de la Corte IDH, tal como lo reafirma la sentencia del caso **Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia** al señalar que: ***“El Tribunal recuerda que el objeto de su mandato es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia”***.<sup>59</sup> (Destacado no está en el texto original)

---

<sup>56</sup> Voto Juez García Ramírez. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 2. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, año 2015.

<sup>57</sup> Voto concurrente y razonado, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párrafo 66. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, año 2015.

<sup>58</sup> Mismo razonamiento utiliza la Corte IDH en el fallo del caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, párrafo 330. 2012; y en el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, 2012, párrafo 262. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, año 2015.

<sup>59</sup> Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párrafo 199.

Sin embargo, para el autor Humberto Nogueira, siguiendo la idea del profesor Sagüés, se debe considerar como norma de referencia y parámetro de control de convencionalidad, aquellos tratados internacionales que superan la competencia material de la CADH.

Siguiendo esta opinión, sería factible ejercer el control respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre Derechos del Niño, El Convenio 169 de la OIT, y cualquier otro instrumento internacional que asegure y garantice los derechos del ser humano.<sup>60</sup>

Finalmente, sobre la jurisprudencia interamericana como material controlante, la Corte IDH ha sido clara y reiterativa en señalar que, los Estados partes de la CADH deben tener presente al momento de realizar el control de convencionalidad no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, es decir, su jurisprudencia.

Al respecto se reitera el caso **Almonacid Arellano vs. Chile** en su párrafo 124, que señala lo siguiente: ***“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”***. (Destacado no está en el texto original)

---

<sup>60</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. En El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos”, (coordinador Humberto Nogueira). Librotecnia año 2012.p. 309.

La Corte IDH ha ampliado el parámetro de convencionalidad a opiniones consultivas, tal como se evidencia de la **Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**, de 19 de agosto de 2014 en su párrafo 31 señala: ***“Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”(…)”***.<sup>61</sup>

### **1.5 Diferencias en su origen y fundamento entre el control de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile**

En base a lo expuesto en el desarrollo de este capítulo, es que, a modo de cierre del mismo, procederé a reafirmar la premisa inicialmente planteada. Esto es que, tanto el control de convencionalidad interno y el control de constitucionalidad chileno, desde sus respectivos órganos e instrumentos fundantes exigen para sí la supremacía normativa como

---

<sup>61</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, año 2015.

parámetro de control y si bien derivarían de un mismo principio, la supremacía normativa, las fuentes inspiradoras, los fundamentos para sustentarlo y la manera de exigir dicha supremacía son diferentes.

La supremacía de la norma que da origen al control de convencionalidad interno y el control de constitucionalidad, proviene de fuentes de diversa naturaleza y por lo tanto, corresponde apreciarlas y valorarlas de manera particular.

En el caso del control de convencionalidad, su origen es jurisprudencial e internacional, siendo una figura creada por la Corte IDH y, en mi opinión, no estipulada de manera expresa en el *corpus iuris* latinoamericano. En consecuencia, su obligatoriedad de ejecución para los Estados partes del sistema interamericano carecería de sustento suficiente.

La Corte IDH exige el reconocimiento de la supremacía de la norma que le da origen: la CADH.

La categoría primera del *corpus iuris interamericano* por sobre el derecho interno se sustenta principalmente en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados al establecer que los tratados internacionales deben de ser interpretados conforme a sus normas y no conforme al derecho interno, bajo consecuencia de incurrir en responsabilidad si los Estado no adaptan sus normas jurídicas para que sean compatibles al instrumento jurídico internacional de que se trate y en definitiva no cumplir con sus mandatos.

Para dar obligatoriedad de sus disposiciones, la Corte IDH parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José, se encuentra por

encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, asumiendo así condición de supraconstitucional y atribuyéndole efecto directo a las disposiciones de la CADH.

En otra arista, el origen del control de constitucionalidad en Chile tiene como fuente y origen, la propia Constitución Política, encontrándose establecido y regulado en diversas disposiciones que ella misma propone. La Carta Fundamental, es la que exige para sí la supremacía normativa e impone de manera expresa la obligación a todo órgano del Estado y ciudadano en particular su cumplimiento como norma suprema del ordenamiento jurídico.

En definitiva el control de convencionalidad encuentra su legitimidad normativa en el *corpus iuris interamericano* y la CADH (artículos 1.1, 2 y 29), mientras que el control de constitucionalidad, tiene como parámetro básico la Constitución Política de la República.

## CAPÍTULO II

### DIFERENCIAS EN LA NATURALEZA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO

#### **2.1. Naturaleza del control de constitucionalidad**

El ejercicio de un control constitucional de las leyes y demás actos estatales, tiene su razón de ser en dos principios fundamentales: el de supremacía constitucional y el de garantía de la misma.

Para que una norma suprema sea efectiva requiere ser garantizada, es decir, contar con garantías jurídicas que la respalden y protejan. “La Constitución no sólo es una regla de procedimiento, sino, además una regla de fondo”.<sup>62</sup>

Dentro de dicha garantía mínima, que merece una norma suprema dentro de un Estado es que surge y se consolida el control de constitucionalidad en el sistema jurídico, y entre sus fuentes, podemos encontrar: la disposición explícita de la Constitución, con miras a preservar y resguardar su supremacía; las prácticas políticas, o la interpretación que se pueda hacer de la preservación de la supremacía constitucional, dependiendo del ordenamiento que está llamado a regir.

Es por tanto el control de constitucionalidad “la garantía jurisdiccional de la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, pero de

---

<sup>62</sup> KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional), trad. De Rolando TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Ensayos jurídicos, núm. 5, 2001, p. 23.

forma primordial sobre las leyes como suprema manifestación ordinaria de la potestad normativa del Estado”.<sup>63</sup>

La doctrina ha clasificado el control de constitucionalidad según si el órgano que lo realiza es uno varios: en control concentrado, como aquel donde la competencia para realizar el examen de constitucionalidad de las leyes es realizado de manera exclusiva y excluyente por un único órgano especializado o judicial (sistema Kelseniano); o difuso como aquel en donde la competencia de juzgar definitivamente sobre la constitucionalidad de las leyes es llevado a cabo por todos y cada uno de los jueces del poder judicial.

En Chile, la Carta Fundamental, radica de manera exclusiva en el Tribunal Constitucional, la función de conocer y resolver la constitucionalidad de los preceptos legales, generando un monopolio de lo contencioso constitucional. El Tribunal Constitucional ejerce el control preventivo y represivo, tanto abstracto como en concreto de constitucionalidad de las normas, ya sea por la vía de requerimientos de inaplicabilidad o de acciones de inconstitucionalidad.

#### **a.- Control previo y obligatorio**

(Art. 93 N°1 CPR) el Tribunal Constitucional realiza control preventivo y obligatorio respecto de leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales y tratados internacionales que contengan normas propias de este último tipo de leyes. El control de constitucionalidad de carácter abstracto, actúa como requisito de validez de dichos preceptos

---

<sup>63</sup> CRUZ VILLALÓN. Pedro. Op.Cit., p.26

legales, toda vez que de no cumplirse dicha observancia a la Constitución, estos no nacen a la vida del derecho.

#### **b. Control previo y facultativo**

(Art. 93 N°3 CPR) el Tribunal controla en forma preventiva y facultativa, las cuestiones de constitucionalidad que surjan durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional y los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso.

Adicionalmente se ejercerá un control previo y facultativo se las LQC y las leyes comunes.

#### **c.- Control represivo y facultativo**

Resuelve cuestiones de constitucionalidad relativas a autos acordados emanados de los Tribunales Superiores de Justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones) y del Tribunal Calificador de Elecciones. (Artículo 93 N° 2 CPR). Así como de los DFL, los decretos promulgatorios, decretos o resoluciones del Presidente de la República. (Art. 93 N° 4, 8 y 9).

#### **c.1. Control represivo, facultativo y concreto**

Acción de inaplicabilidad: (Art. 93 N° 6 CPR) se ejecuta sobre un precepto legal que resulte en su aplicación contrario a la Constitución.

Previo requerimiento o petición de parte se activa una cuestión de constitucionalidad que deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional,



ejerciéndola respecto de todo tipo de normas de jerarquía legal. Este tipo de control se realiza de manera concreta.

**d.- Control represivo, facultativo y abstracto**

Acción o Cuestión de Inconstitucionalidad: El Tribunal Constitucional según lo dispone el numeral 7 del artículo 93 de la CPR, deberá resolver a posteriori la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 93.

La particularidad de los controles abstractos es que son considerados controles normativos, mediante los cuales se confrontan dos normas de diverso rango.

En este caso, la norma superior que se utiliza como parámetro de validez, es la Constitución y, las demás normas son consideradas infra constitucionales, constatando así su compatibilidad o incompatibilidad, produciendo el efecto propio de la utilización del criterio jerárquico, el expulsar del ordenamiento jurídico aquella norma que contradice la Constitución o evitando que entre en vigencia.

Adelantaré, en cuanto a los efectos del control de constitucionalidad, que la decisión del Tribunal Constitucional en este supuesto, produce efectos *erga omnes* y vinculantes, y la norma jurídica considerada como inconstitucional carece de toda validez.

Este tema será tratado en profundidad en el siguiente capítulo, relativo a los efectos del control de constitucionalidad y de convencionalidad y, la diferencia existentes entre ambos, sin embargo debe a lo menos

mencionarse en este apartado, al estar consecucionalmente relacionados ambos temas: naturaleza-efectos.

Retomando el tema central del acápite que estamos por concluir, el tópico de determinar la naturaleza del control de constitucionalidad ejercido por nuestro Tribunal Constitucional de manera exclusiva y por expresa disposición de la Constitución y sus leyes, adelantaba a este respecto que, es de carácter normativo, al realizar el órgano competente un examen comparativo entre la norma infra constitucional y los preceptos contenidos en la Constitución Política, resolviendo por tanto el conflicto normativo que se produce a través del criterio jerárquico.

En relación con el criterio jerárquico, este se identifica con el latinazgo “*lex superior derogat legi inferiori*”, es decir la norma superior prevalece sobre la inferior.

Este criterio, resuelve antinomias entre una norma superior e inferior en la cual, contradice o infringe a su superior (fundamento de validez) se entiende que nunca fue válida. En consecuencia, la aplicación del mismo importa la invalidez de una de las normas en conflicto.<sup>64</sup>

En los ordenamientos jurídicos existen fuentes jerárquicamente graduadas y ordenadas (verticalmente) en donde, la norma jerárquicamente inferior tiene la calidad de subordinada y le corresponde ceder en los casos en que se oponga a la ley superior o subordinante, prevaleciendo por tanto esta última.

---

<sup>64</sup> HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, Año 11, Nº 1, 2013, p.466.

Guastini, ya citado en el presente trabajo; distingue a lo menos cuatro tipos de jerarquías normativas:<sup>65</sup>

- a) jerarquías estructurales y formales: aquellas que existe entre normas emanadas de diversos órganos normativos, existiendo por parte de uno de ellos su fuente de legitimidad respecto del otro;
- b) jerarquías materiales: se presentan en caso de conflicto normativo, resultando una de las normas inválida al contradecir la otra;
- c) jerarquías lógicas: son aquellas presentes entre dos normas cuando una de ella se basa (meta-lingüísticamente) respecto de la otra;
- d) jerarquías axiológicas: aquellas que se presentan entre normas, cuando una de ellas tiene valor de “principio” y la otra tiene valor de “simple norma”.

En cuanto a los efectos que produce el criterio jerárquico y curiosamente a contrario lo menciona el aforismo jurídico, no es la derogación o abrogación de la norma inferior o subordinada, sino que es, la invalidación de ella por encontrarse en conflicto con la superior. Pero, en definitiva dependerá del régimen de invalidación de cada ordenamiento y, cada ordenamiento jurídico determinará el órgano competente que declarará y si su efecto es *ex nunc*, *ex tunc*, general o particular.

Por tanto, una norma es considerada inválida cuando es producida de manera contraria a lo establecido por la “meta norma” o cuando a pesar de ser producida de acuerdo a esa norma superior, es materialmente incompatible con ella.

---

<sup>65</sup> GUASTINI, Riccardo. “Normas supremas”. *Doxa*. N. 17-18 (1995). ISSN 0214-8876, pp. 260-261.

## **2.2. Naturaleza del control de convencionalidad interno**

Respecto a la naturaleza del control de convencionalidad interno, se presentan dos grandes posiciones<sup>66</sup> que a continuación paso a exponer, sumada a una tercera que sería en mi opinión una mixtura de ambas y una cuarta que cataloga al control de convencionalidad interno como una mera aplicación del derecho internacional y no como un control de convencionalidad propiamente tal.

Parte de la doctrina, concibe el control de convencionalidad como un **“control normativo”** entre las disposiciones jurídicas internas (ya sean constitucionales, legales o reglamentarias) y la normativa interamericana de los derechos humanos.

Entre los autores que adoptan esta postura ya señalada, se destacan los profesores: Francisco Zúñiga, de quien destaco la opinión emitida en su artículo titulado “Control de convencionalidad y Tribunales nacionales. Una aproximación crítica”. Del mismo modo lo hacen la profesora Miriam Henríquez, en su obra “La Polisemia del control de convencionalidad interno”; el profesor Juan Carlos Hitters destacando sus opiniones plasmadas en artículo que lleva por nombre “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)” y Gonzalo Aguilar, en su trabajo titulado “El control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos humanos”.

---

<sup>66</sup> Esta clasificación se realiza y desarrollará en base a los planteamientos de la profesora Miriam Henríquez Viñas, principalmente en su texto “La polisemia del control de convencionalidad interno”, 24 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2014, pp.113-141

El ejercicio de este control, como normativo, implicaría recurrir al criterio jerárquico para resolver el conflicto entre la norma interna y la norma interamericana, pudiendo producir efectos de inaplicación-invalidez.

Por otro lado, hay autores que estiman que el control de convencionalidad implica un **“ejercicio interpretativo”** que, en caso de lagunas o antinomias, las autoridades deben hacer en el ámbito de sus competencias para preferir la normativa de origen internacional que permite una mejor protección de los derechos humanos.

Entre los autores adeptos a esta posición, pueden mencionar a los siguientes profesores: don Claudio Nash, destacando las opiniones contenidas en el artículo que lleva por nombre “Control de convencionalidad, precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el trabajo “El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre si y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos”. En este mismo texto, el profesor Humberto Nogueira, defiende esta corriente doctrinaria, en su artículo que lleva por nombre “Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”.

Finalmente, destaco la obra del profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, titulada “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano”, trabajo en el cual apoya la postura del control de convencionalidad como un ejercicio interpretativo.

Al ser catalogado el control de convencionalidad, como un ejercicio de interpretación, en ningún caso da a lugar a la aplicación del criterio

jerárquico y cuya consecuencia será determinar eventualmente la responsabilidad de un Estado en sede internacional si no se aplica la norma Convencional.

### **2.2.a.- El control de convencionalidad como control normativo**

Como fue adelantado en su oportunidad, bajo este contexto los autores adherentes a esta postura, caracterizan al control de convencionalidad interno como un control normativo realizado por los jueces o tribunales nacionales (de oficio o a petición de partes), mediante el cual se contrastan las disposiciones del derecho interno con las normas internacionales (interamericana).

Se realiza un examen comparativo entre dos normas de rango jerárquico diverso, en este caso, entre una norma del ordenamiento jurídico interno y el *corpus iuris interamericano*, con el objeto de determinar su compatibilidad o incompatibilidad y, por lo tanto, la invalidez de una de ellas, haciendo prevalecer la norma superior. Por lo tanto el control de convencionalidad sería un control de compatibilidad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno vigente.

Siguiendo la idea anterior, la profesora Miriam Henríquez, destaca que “tal control normativo, que realizan los jueces nacionales de oficio o a petición de parte –y que involucraría también a las demás autoridades públicas– consistiría en la obligación de verificar si existe conformidad o contradicción entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos, por un lado, y la Convención y los patrones interpretativos que el

tribunal interamericano ha acuñado a su respecto, por otro, en aras de la tutela de los derechos humanos”.<sup>67</sup>

Gonzalo Aguilar explica que, el control de convencionalidad, “alude a la facultad de los magistrados de contrastar la norma dictada por el poder legislativo –y, eventualmente, por el poder constituyente– con la norma contenida en los tratados internacionales que han sido ratificados por el Estado para hacer prevalecer estas últimas sobre las normas emanadas del poder legislativo y, a fortiori, sobre las normas emanadas del poder ejecutivo” (Tribunal Constitucional de Moldavia: “In its Resolution N° 55 of 14 October 1999”).<sup>68</sup>

Adicionalmente, señala que “uno de los objetivos principales del control de normas jurídicas, es mantener la coherencia del sistema normativo a través del principio de la validez de las mismas mediante su ajuste y conformidad a una que se considera de carácter superior”.<sup>69</sup>

En palabras de Francisco Zúñiga, “el control de convencionalidad es un control o inspección de la regularidad de los actos del Estado parte del sistema de protección internacional-regional (sistema interamericano), actos emanados de sus poderes públicos en el ejercicio de sus potestades

---

<sup>67</sup> HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, Op.Cit., p.132.

<sup>68</sup> AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado Episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 mayo de 2012. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 10, N° 2 717. 2012. pp 727-728.

<sup>69</sup> AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. El control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos humanos, En “El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre si y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos” (coordinador Humberto Nogueira). Librotecnia, 2012, p.489.

constituyentes, legislativa, gubernativa, administrativa, judicial e inclusive de control”.<sup>70</sup>

Por lo tanto, según este criterio todas las normas tienen su parámetro de validez en una norma superior. En este entendido, *el corpus iuris interamericano*.

Se acentúa la opinión del profesor Zúñiga, en el punto de considerar al control de convencionalidad, como un control de supranacionalidad, siendo la norma nacional válida en la medida que no contradiga y por tanto efectivice la CADH.

Al ser la CADH el instrumento de control de las normas nacionales, dicho elemento internacional, tendría jerarquía supranacional para los Estados partes.

Los profesores Henríquez y Núñez, destacan la idea que, “para esta tesis, el CDCConv invitaría a recurrir a la jerarquía normativa para resolver un conflicto entre la normativa interna y la normativa interamericana, reconociendo la Corte Interamericana, por vía pretoriana, jerarquía supra constitucional”.<sup>71</sup>

En palabras de Juan Carlos Hitters, “si los preceptos domésticos –sean legislativos o de cualquier otro carácter –, y las prácticas estatales de

---

<sup>70</sup> ZUÑIGA URBINA, Francisco, Control de convencionalidad y Tribunales nacionales. Una aproximación crítica En El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre si y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos. (coordinador Humberto Nogueira). Librotecnia . 2012, p.388.

<sup>71</sup> HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y NUÑEZ LEIVA, José Ignacio. “El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?”. Revista boliviana de Derecho N° 21, 2016. p 334.



cualquiera de los tres poderes, no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional, la nación debe adecuarlas, y, en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema, o crear las que corresponda”.<sup>72</sup>

Por lo tanto, este tipo de control normativo, lo que evalúa en la práctica es la validez de los actos estatales, mediante una inspección de compatibilidad con el *corpus iuris interamericano*, sobre todo el material normativo del país al un caso concreto anulando o inaplicando las normas internas que lo contradigan.

### **2.2.b.- El Control de convencionalidad como ejercicio interpretativo**

Los autores que conciben al control de convencionalidad como un ejercicio interpretativo, entienden que, mediante él los jueces y tribunales nacionales, al aplicar el derecho interno, en caso de lagunas o antinomias, deberán preferir la normativa internacional, adecuando la norma jurídica interna a la CADH y a los estándares interpretativos de la Corte IDH, siendo esta la interpretación que más se ajusta a las obligaciones internacionales y protege de mejor manera a los individuos, en base a los principios *pro homine* y de responsabilidad internacional.<sup>73</sup>

Los jueces y autoridades públicas del Estado, deben dar cumplimiento a la normativa internacional, encontrándose obligados a interpretar las normas de tal manera que logren la efectividad de los derechos consagrados en la

---

<sup>72</sup> HITTERS, Juan Carlos. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, p.120.

<sup>73</sup> HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, Op.Cit., p.133.

Convención y en las consideraciones jurisprudenciales de la Corte IDH, mediando la adopción de medidas de carácter resolutivas, de conformidad a las obligaciones establecidas en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH, de lo contrario el Estado incurrirá en responsabilidad internacional.

Para el profesor Claudio Nash, todos los funcionarios del Estados, al ejercer el control de convencionalidad interno, están obligados a interpretar las normas internas de manera tal que, sean compatibles con las obligaciones internacionales que consagran derechos y garantías reconocidos interna e internacionalmente “sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno”.<sup>74</sup>

Así, el control de convencionalidad se transforma en un complemento a la legislación interna, permitiendo que la normativa internacional se aplique de manera eficaz, considerando, como ya se mencionó, que en el sistema de protección de derechos humanos puedan existir lagunas (absolutas o relativas) o antinomias.

En el primer escenario, el derecho interno no contemplaría ciertos derechos que sí lo asegura el derecho internacional (lagunas absolutas).

En el segundo contexto (lagunas relativas) existe la norma interna que regula el derecho humano, pero lo ampara de manera incompleta, impidiendo su plena aplicación.

---

<sup>74</sup> NASH ROJAS, Claudio, Control de convencionalidad, precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, En “El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre si y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos”, (coordinador Humberto Nogueira). Librotecnia, año 2012, p.362.

En el caso de antinomias, existe una contradicción entre normas internas y las obligaciones internacionales que han contraído los Estados partes.

Bajo este respecto, la normativa y jurisprudencia interamericana sería capaz de superar tanto lagunas absolutas como relativas, ya sea incorporando normas de la CADH al derecho interno o concretando las normas tipo principios generales, establecidos en la normativa interamericana y en la jurisprudencia de la Corte IDH.

En caso de antinomias, “las autoridades deben hacer un ejercicio hermenéutico en el ámbito de sus competencias para preferir las normativa de origen internacional que permite una mejor protección de los derechos humanos”.<sup>75</sup>

Esto se realiza a través de la incorporación de parámetros internacionales y la aplicación directa de la normativa de la CADH por parte de los órganos públicos del Estados, encargado de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales.

Por lo tanto, los jueces y demás autoridades públicas deben aplicar aquel precepto que garantice de mejor manera los derechos y garantías, omitiendo el criterio jerárquico, sin declarar la invalidación de la otra, estando obligados a velar por la efectividad del resguardo internacional que la Convención realiza, los cuales emanan principalmente de la dignidad humana.

---

<sup>75</sup> NASH ROJAS, Claudio, Op.Cit, p.374.

Para Eduardo Ferrer Mac-Gregor, realizar el control de convencionalidad no se trata solamente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implicaría en algunas circunstancias dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio pro persona y en base a la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.<sup>76</sup>

Para Humberto Nogueira, conforme al principio de buena fe, se presume que el derecho interno no quiere contradecir la CADH, “debiendo considerar la legislación interna conforme al derecho convencional, salvo el caso que exista una incompatibilidad directa e insuperable entre la ley interna y el derecho convencional.”<sup>77</sup>

Los Estados están obligados a organizar su aparato gubernamental, con el objeto de asegurar jurídicamente el goce y ejercicio de los derechos establecidos en la CADH, existiendo conformidad entre los preceptos y actos internos y las obligaciones internacionales contraídas por el Estado.

Al respecto y, conforme con lo expuesto con anterioridad en el presente acápite, la Corte IDH, lo ha destacado en la sentencia del caso **Velázquez Rodríguez vs. Honduras**.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano, Revista Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, 2011. p.550.

<sup>77</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano. Revista Ius et Praxis, 12 (2), 2006.

<sup>78</sup> “Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (28 de julio de 1988, párrafo 166).

Para los autores que la avalan, al utilizar el bloque de constitucionalidad como herramienta hermenéutica, incorporando las normas internacionales como mecanismo de interpretación de los derechos fundamentales, las normas nacionales se “convencionalizan” y, en definitiva el juez al considerarlas e interpretarlas, tomará una decisión conforme a las obligaciones y parámetros internacionales.

### **2.2.c. Teoría ecléctica sobre la naturaleza del control de convencionalidad**

Si bien, al inicio de este acápite indiqué que las grandes posturas que dividían a la doctrina respecto a la naturaleza del control de convencionalidad eran dos, no puedo dejar de mencionar lo que para mí sería una incipiente tercera vertiente doctrinaria, claramente minoritaria, pero que llama la atención, por el grado de cercanía a la opinión y jurisprudencia de la Corte IDH.

Podría decir que en este tercer grupo doctrinario, se encuentra el autor Néstor Pedro Sagüés quien, realiza una mixtura de los criterios estudiados, creando una teoría ecléctica sobre la naturaleza del control de convencionalidad interno.

El autor estima que el control de convencionalidad, “posee una vertiente “destruktiva” o saneadora” (no aplicar las reglas locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la interpretación de la Corte Interamericana), y otros “constructiva”, tan importante como la primera (interpretar las normas domésticas en consonancia con el Pacto y con la Corte Interamericana)”.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> SAGÜES, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 8, Nº 1, 2010, p.132.

Por un lado señala que el control de convencionalidad es “un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales, a la Convención Americana de Derechos Humanos, y a la exégesis que a este instrumento da la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.<sup>80</sup> (Destacado no está en el texto original)

Presuponiendo que el instrumento controlante es jurídicamente superior al precepto controlado.

De lo anterior, se puede estimar que adopta en la postura del control normativo, sin embargo ha evidenciado en sus palabras adicionalmente la relevancia de un criterio interpretativo de la Constitución conforme a la CADH, al postular que “no solamente habría que reputar inválidas (por “inconvencionales”) las normas constitucionales y subconstitucionales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, sino que también deberían, en todo lo posible, interpretarse “de acuerdo” o “de conformidad” a dicho Pacto. (...) Se trata de un dispositivo práctico de rescate de esas normas, que podrán permanecer como válidas, en tanto y en cuanto se seleccione, para aplicarlas, sus interpretaciones posibles “conforme” con la Convención Americana, y se descarten las interpretaciones conflictivas con la misma Convención, o con la jurisprudencia de la Corte”.<sup>81</sup> (Destacado no está en el texto original)

En el mismo tenor, la autora María Sofía Sagüés nos señala “de esta manera el control de convencionalidad desempeña un doble papel:

---

<sup>80</sup> Ibid.p120.

<sup>81</sup> SAGÜES, Néstor Pedro, Op.Cit. p.130.

reparador o represivo- en virtud del cual debe inaplicarse la normativa interna opuesta a la Convención y jurisprudencia interamericana-, y exegético o contractivo, que obliga a interpretar el derecho doméstico de conformidad al Pacto y la jurisprudencia citada.

(...)Es así como se consolida el marco de la doctrina del “control de convencionalidad”.<sup>82</sup>

### **2.2.c. Teoría del “falso” control de convencionalidad interno**

Esta teoría es desarrollada por Karlos Castilla Juárez, en su texto “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, ya citado anteriormente en este trabajo.

El autor niega la naturaleza del control de convencionalidad interna como un ejercicio de control normativo ni de interpretación, sólo existiría una aplicación de la CADH y sus interpretaciones. Recalca que “no se trata de ningún tipo de control de regularidad, ni de inaplicaciones normativas *per se*, y mucho menos de un real *control de convencionalidad*, esto es, de nada idéntico a lo que hacen los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Sino, simplemente, de una forma de aplicar el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo la jurisprudencia del tribunal interamericano.”<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> SAGÜÉS, María Sofía. “El control de convencionalidad. Lineamientos a la luz de la experiencia en el caso argentino”. En “Acciones protectoras de derechos fundamentales”. (coordinadoras María Pía Silva Gallinato y Miriam Henríquez Viñas). Legal Publishing, 2014.p.334.

<sup>83</sup> CASTILA JUÁREZ, Karlos, Op.Cit, p.151. (las cursivas corresponden al texto original).

Por lo anterior lo cataloga de “falso control de convencionalidad”, siendo la única competente para realizarlo la Corte IDH, bajo el “verdadero control de convencionalidad”. Cataloga al control interno o difuso de convencionalidad como “garantía de tratados”. “(...) el *falso control de convencionalidad* tan difundido por la COIDH no era ninguna novedad, no era ni podía ser un verdadero *control de convencionalidad*, y que tan solo era una forma que buscó la Corte Interamericana para exigir un mayor cumplimiento de la Convención Americana, principalmente por los jueces nacionales(...)”<sup>84</sup>

Ahora bien, de los elementos expuestos debo señalar que, ***“mi adhesión sería con la teoría del control de convencionalidad como control normativo”***.

Se evidencia claramente que el mecanismo más óptimo y dotado de certeza jurídica a utilizar para poder ejercerlo, en cuanto a su razonamiento y resultados, es la confrontación entre dos normas y que la consecuencia natural y obvia sea la invalidación de la norma que sucumbe ante la que prima en dicho conflicto normativo.

Se debe tener presente que, no pueden convivir dos normas incompatibles en el sistema normativo, debiendo aquella que no regula o protege plenamente los derechos fundamentales, o lo realiza de manera deficiente dar un paso al lado, negándole validez a sus efectos, sin que eso signifique su derogación.

La figura del control de convencionalidad como ejercicio interpretativo (pro persona) carecería de certeza jurídica en el sistema de fuentes del

---

<sup>84</sup> Ibid. p.162 (las cursivas corresponden al texto original).



derecho a nivel interno, al entregarle al juez nacional un margen muy amplio y flexible de decisión al caso concreto, resultando la norma “más favorable” no siempre la misma, pudiendo variar según las circunstancias del asunto a tratar o de las concepciones del juez.

### **2.3.- Diferencias en su naturaleza entre el control de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile**

De los puntos tratados recientemente y, a modo de perfeccionar la premisa inicial de este capítulo, señalo que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad interno, difieren en su naturaleza, y que si bien en algún punto ambos pueden ser calificados como similares al transformarse en sistemas de confrontación y verificación de normas, las maneras propuestas para ejercerlo al caso concreto, difieren tajantemente.

En el supuesto que, ambos sean considerados controles normativos (descartando la teoría de la interpretación), los parámetros de control de ambas instituciones del derecho como se mencionó en el primer capítulo, provienen de fuentes diversas.

La doctrina del control de convencionalidad, promueve la premisa de que la CADH predomina sobre la Constitución y el resto del ordenamiento interno. Determinando que, el bien común internacional (o regional) es superior al bien común nacional, imponiéndole al Estado parte preferir la Convención por sobre la Constitución.

Sin embargo, la doctrina nacional y la jurisdicción constitucional son mayoritarias en proteger el principio rector del sistema de fuentes en nuestro ordenamiento jurídico: el principio de supremacía constitucional, y

considerar que el derecho internacional debe ser respetuoso al momento de promover su aplicación en sede interna, bajo la lógica que no todos los ordenamientos jurídicos iguales.

“La Corte impone el control de convencionalidad a todos los órganos vinculados a la administración de justicia, sin realizar la prevención de que en muchos ordenamientos el examen de constitucional es concentrado y no corresponde a todos los tribunales”.<sup>85</sup>

En definitiva, al ser controles de diversa naturaleza, y con modalidades y clasificaciones disímiles, en la práctica no podrían ser homologables, ni aplicarse de manera conjunta.

En un sentido contrario el profesor Humberto Nogueira sostiene que el control de convencionalidad sería un ejercicio de control difuso ampliado de constitucionalidad al expresar “la jurisdicción constitucional debe concretar simultáneamente el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, asumiendo que una norma interna puede ser conforme a la Constitución pero contraria a la CADH, por vulneración de los estándares mínimos de atributos y garantías de los derechos asegurados por esta última.

A su vez, el control de convencionalidad es parte del control de constitucionalidad si los atributos y garantías de los derechos asegurados

---

<sup>85</sup> GARCÍA PINO, Gonzalo. Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile. En La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (coordinador Humberto Nogueira). Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Editorial Librotecnia. 2014. p.368.369.

convencionalmente son parte del bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales.”<sup>86</sup> (Destacado no está en el texto original)

Al respecto, reitero la idea que, tanto el control de constitucionalidad como de convencionalidad, en sede interna, buscan objetivos diferentes, siendo regulados por ordenamientos diversos, por tanto no podrían concretarse de manera simultánea, descartando en este caso la teoría del bloque de constitucionalidad.

Es la propia Corte IDH quien señala que el control de convencionalidad se realizará de conformidad a las competencias y regulación procesal del país que deba ejercerlo<sup>87</sup>, no imponiendo un determinado modelo de control de convencionalidad. Lo expresa claramente en la sentencia de 2014 del caso **Liakat Ali Alibux Vs. Surinam** en su párrafo 124 “(...) ***sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a***

---

<sup>86</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. En El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos”, (coordinador Humberto Nogueira). Librotecnia año 2012.p. 312.

<sup>87</sup> CORTE IDH Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú; Caso Radilla Pacheco vs. México; Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile; Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador.

***todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.***<sup>88</sup>

Pasemos a continuación, al desarrollo del Tercer Capítulo de la presente tesis.

---

<sup>88</sup> CORTE IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C N°. 276. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, año 2015.

**CAPÍTULO III:**  
**EFFECTOS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO: ¿HACIA UN MISMO OBJETIVO?**

**3.1.- Efectos del control de constitucionalidad**

Este control tiene como objetivo examinar la conformidad de aquellas normas subordinadas o inferiores jerárquicamente respecto a la Norma Suprema o Fundamental, en el caso de Chile, la Constitución Política de la República, por tanto, se asegura la supremacía de la Constitución.

Como se explicó en el capítulo anterior, se puede ejercer *a priori* o de manera represiva, en el primer caso controlando la constitucionalidad de las leyes (art 93 N° 1 y 3 CPR), o de manera represiva mediante la acción de inconstitucionalidad (art. 93 N° 7 CPR).

Reiterando las ideas ya expuestas, en nuestro sistema jurídico, es el Tribunal Constitucional, el encargado de declarar la inconstitucionalidad de una norma y por tanto ejercer un examen de compatibilidad normativa entre el sentido que se le atribuye al texto de la Constitución sobre el instrumento normativo controlado.

En ambos casos, estos controles al ser considerados controles normativos, mediante el cual se investiga la congruencia entre dos normas de diverso rango, resulta la norma superior la que se utiliza de parámetro de validez sobre aquellas inferiores jerárquicamente, que en este caso son infra constitucionales, constatando así su incompatibilidad y produciendo el efecto propio de la utilización del criterio jerárquico, la expulsión del ordenamiento

jurídico aquella norma que contradiga la Constitución o evitando que ingrese al ordenamiento jurídico cuando esta se trata de un proyecto de ley.

Las sentencias emanadas del Tribunal Constitucional producen procesalmente efecto de cosa juzgada, son inapelables y tienen carácter vinculante.

### **3.2.- Efectos del control de convencionalidad interno**

Los efectos del control de convencionalidad son distintos, dependiendo de la naturaleza que se le atribuya y que opone nuevamente a los sectores de la doctrina nacional e internacional.

Incluso autores nacionales<sup>89</sup> lo han clasificado según su intensidad, como veremos en control de convencionalidad “fuerte” o “débil” dependiendo de sus efectos.

Surge una eventual tercera corriente doctrinaria que plantea de manera particular las consecuencias que debe producir la inobservancia de la normativa y jurisprudencia protectora de los derechos fundamentales, pero que sin embargo no sería del todo armónico con el sistema de fuentes del derecho interno. Será desarrollada con posterioridad a las dos grandes doctrinas.

A continuación, analizaré finalmente la jurisprudencia de la Corte IDH y determinar si es conteste con alguna de las teorías a desarrollar.

---

<sup>89</sup> GARCÍA PINO Gonzalo y CONTRERAS Pablo.

### **3.2.a. Efectos del control de convencionalidad como control normativo**

En primer lugar, para quienes estiman que este control es de naturaleza normativa y, por tanto, un mecanismo inspirado en el principio de jerarquía normativa, se focaliza en detectar la consistencia de la normativa interna con el plano convencional internacional de los derechos humanos y el efecto propio sería la declaración por el juez nacional, de inaplicación (en el caso de control interno de convencionalidad) de una norma interna que contradiga la norma internacional.

Al ser un examen de confrontación normativo, aplicado al caso concreto, todo juez interno deberá (según la Corte IDH), fortalecer su derecho interno a través de la observancia y aplicación de la CADH y la jurisprudencia de la propia Corte en materia de derechos esenciales y en aquellos casos en que el tribunal que ejerza el control de convencionalidad tenga la facultad podrá incluso inaplicar la norma interna que contradiga la norma convencional.

Es este tipo de control, que según sus efectos, es considerado como “fuerte”, significando la obligación al juez natural de preterir la aplicación, en el caso concreto, de la norma interna que transgreda la CADH y la interpretación que de esta realiza la Corte IDH, y dar así vigencia al corpus iuris interamericano.

La profesora Miriam Henríquez, es enfática en señalar, respecto al material controlante, que “el control de convencionalidad debe circunscribirse, por tratarse de un control normativo, solo a aquellos órganos con facultades para declarar la invalidez o aplicación de las normas; alcanzar como material controlante únicamente a aquellos tratados respecto

de los cuales la Corte tiene competencia material; y tener por objeto a la normativa interna del Estado”.<sup>90</sup>

Por tanto, el control de convencionalidad, como control normativo que se rige bajo el criterio jerárquico y tal produce la invalidez o inaplicación, es decir, la carencia de efectos jurídicos de una norma que contradiga la norma superior. Señalando que una norma es válida o no en la medida que derive su validez de una norma superior.

Al respecto la Corte IDH demanda para si la supremacía del *corpus iuris interamericano*, sobre el derecho interno, suponiendo una supremacía convencional respecto de cualquier norma interna de los Estados, existiendo el deber por parte de los órganos jurisdiccionales de declarar la inaplicabilidad si las competencias así lo permiten, sin anular, derogar o expulsar aquella norma jurídica interna que incumple con lo establecido en el derecho interamericano.<sup>91</sup>

Resolviendo por tanto el conflicto normativo mediante la dictación de una sentencia judicial que puede inaplicar/invalidar la normativa interna.

### **3.2.b. Efectos del control de convencionalidad como ejercicio interpretativo**

Respecto a aquel sector de la doctrina que, cataloga al control de convencionalidad como un ejercicio interpretativo, aplicando al caso concreto aquella interpretación de los derechos, más favorable a la persona

---

<sup>90</sup> HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, Op.Cit., p.138.

<sup>91</sup> FERRER MC GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, año 2010, p.186.



humana o aquella que los limite menos, inaplicando por tanto, aquella norma interna que contradiga a la CADH.

Por tanto, así el Estado no vulnera los derechos humanos y por ende no incurre en responsabilidad internacional por infringir las obligaciones de respeto y garantía de la Convención, no pudiendo alegar el derecho interno para incumplirlas.

Este control de convencionalidad en sede interna, es catalogado también como “débil”, dada que sus consecuencias no son tan gravosas respecto a la norma interna.

Es como se dijo, la aplicación y observancia del contenido de la CADH, a través de la interpretación de derechos de acorde al tratado mismo. “La obligación de ejercer el control de convencionalidad adopta la exigencia de una construcción interpretativa plausible que permita armonizar la Convención y los fallos de la Corte, con el ordenamiento jurídico nacional del Estado Parte-incluyendo hasta la misma Constitución”.<sup>92</sup>

La Corte IDH al declarar que una norma es contraria a la CADH o a la jurisprudencia emanada de dicho órgano, el Estado al caso concreto debe observar e interpretar las normas de tal manera que no se transgreda el derecho convencional, velando por el efecto útil de sus preceptos e indicaciones, con miras a beneficiar a las personas receptoras de aquellos derechos (principio *pro homine*), evitando aplicar aquella norma que transgreda los derechos fundamentales.

---

<sup>92</sup> CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Iust et Praxis, Año 20, N° 2. 2014. p.254.

Es decir, si bien puede y debe ocupar sus fuentes internas, de conformidad al sistema y criterio propio del ordenamiento, de existir contradicción hermenéutica entre las diversas fuentes, debe propender a la interpretación conforme con la CADH, aquella alternativa más acorde con dicho instrumento, al ser esta decisión la que protege de manera óptima y completa los derechos fundamentales, ya que si estos eventualmente no estuvieran consagrados dentro de los catálogos de derechos en las respectivas Constituciones, si lo estarán y debidamente resguardados en el derecho internacional, específicamente en el derecho interamericano.

Lo anterior independientemente del grado o nivel jerárquico que posean en los Estados, las diversas fuentes en su ordenamiento jurídico.

En este enfoque no prevalece el criterio jerárquico de la Convención o de la Constitución por sobre otras normas, sino que más bien se apunta a un meta-criterio interpretativo, es una aplicación preferente y de conformidad a la Convención, cuya consecuencia a modo de efecto será determinar eventualmente la responsabilidad de un Estado en sede internacional.

Para el profesor Claudio Nash, “lo que procede es hacer un ejercicio interpretativo para aplicar dichas normas a la situación concreta y en dicha interpretación se debe tener en consideración el contenido y alcance que la jurisprudencia de la Corte IDH ha dado a las normas convencionales (tanto obligaciones generales como derechos específicos)”.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> NASH ROJAS, Claudio. Control de convencionalidad, precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, En El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre si y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, (coordinador Humberto Nogueira). Librotecnia, año 2012, p.373.

Bajo el Principio de “efecto útil”, los Estados partes de la CADH, deben poner en práctica las medidas necesarias para garantizar el *effet utile* de la misma y, poder así dar cumplimiento a las obligaciones estatales señaladas en el punto anterior.

El objetivo es impedir que la aplicación de normas internas contrarias a la norma internacional, perjudiquen la protección de garantías indispensables al ser humano, destinatario final del Tratado.

Por otra parte, para don Humberto Nogueira<sup>94</sup>, los jueces nacionales al momento de llevar a cabo el control de convencionalidad deben observar los principios pro persona y de progresividad, siendo la solución al caso concreto compatible con el sistema interamericano.

La progresividad involucra gradualidad y progreso. Una vez ingresado un derecho fundamental en el sistema jurídico interno, no se puede desconocer su estadía y mucho menos dejarlo sin efecto en el futuro. Supone una tendencia hacia la extensión de los derechos humanos, no su retroceso.

Respecto al Principio *pro homine* (o favor persona), encuentra su sustento normativo en el artículo 29 letra b) de la CADH.

Tanto el intérprete como el operador del instrumento internacional deben aplicar la norma de tal manera que resulte más favorable para la persona humana y para su libertad y sus derechos.

---

<sup>94</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno, En El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre si y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos”, (coordinador Humberto Nogueira). Librotecnia, año 2012.p. 27.

Los Estados, en concordancia con las obligaciones internacionales asumidas, deben propender a la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad, siendo estos fines supremos en una sociedad y en un Estado.

Lo anterior como ya se dijo, evitando el riesgo de incurrir en una posible responsabilidad internacional al Estado, determinada por la Corte IDH, por violación de derechos humanos.

Reafirmando que los atributos y garantías de los derechos asegurados en el *corpus iuris interamericano* constituyen un estándar mínimo de protección de dichos derechos, por tanto no pueden ser desconocidos, siendo esta interpretación que garantiza de manera más efectiva los derechos humanos.

### **3.2.c. El control de convencionalidad y la obligación de adecuar la legislación interna**

Parte de la doctrina ha interpretado de los diversos fallos de la Corte IDH que el control de convencionalidad adicionalmente puede implicar la obligación de adecuar la legislación interna, de conformidad al artículo 2º de la CADH.

“La CADH establece la obligación general de cada Estado Parte a adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados.

Lo anterior significa que el Estado debe adoptar todas las medidas normativas en ejercicio de su potestad para que aquello establecido en la

Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno”.<sup>95</sup>

El ideal planteado, es que la Convención genere sus efectos propios en el derecho interno de los Estados partes, debiendo estos últimos, adecuar las normas del derecho nacional al internacional, transformando dicha adecuación en un sinónimo de protección, y según sea el caso, de carácter urgente.

La sentencia del Caso **La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile**<sup>96</sup>, en su párrafo 87 señala: *“La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.”*

---

<sup>95</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, control de convencionalidad y aplicación por parte de las jurisdicciones nacionales. En La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (coordinador Humberto Nogueira). Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Editorial Librotecnia. 2014. p. 397.

<sup>96</sup> Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N°. 73. Destacado no en texto original.

Por su parte en la sentencia del caso Mendoza y otros vs. Argentina,<sup>97</sup> en su párrafo 332 la Corte IDH ha precisado lo siguiente: ***“La Corte considera que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia de este Tribunal. No obstante, la Corte se remite a lo señalado sobre las obligaciones que se derivan de los artículos 2 y 8.2.h) de la Convención Americana (supra párrs. 293 a 298, y 301 a 303) y considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia.”***

Al respecto, quiero señalar la disconformidad con este tipo de efectos. Considero que no es correcto que una Corte internacional determine o se involucre en las decisiones legislativas y normativas de un país, decidiendo cómo, cuándo y qué normas modificar y suprimir.

La inobservancia de una norma internacional debe producir efectos en el plano internacional y no en el ámbito interno de cada Estado.

No es consecuencia de un control normativo o incluso un ejercicio interpretativo la derogación de una norma y mucho menos si esta es por orden expresa de un organismo internacional.

El derecho internacional debe ser respetuoso con los ordenamientos jurídicos internos de los Estados partes que lo compongan.

---

<sup>97</sup> Corte IDH. Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C N°. 260. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, año 2015.

### **3.2.d. El falso control de convencionalidad en sede interna**

En correlación a la ya mencionada teoría sobre la naturaleza del control de convencionalidad interno del profesor Castilla, en este acápite, mencionaré lo que en definitiva, para él serían los efectos de este falso control de convencionalidad, lo cual determinaría tal calificación y no la de verdadero control de convencionalidad. Según el autor lo que ordena la Corte IDH es que se aplique la CADH y sus interpretaciones. “(...) lo único que en el fondo les estaba exigiendo a las autoridades nacionales era que cumplieran con sus obligaciones internacionalmente adquiridas, que aplicaran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la jurisprudencia derivada de esta.”<sup>98</sup>

“(...)Con todo esto parece claro que no hay *per se* inaplicaciones, expulsiones, declaratorias de responsabilidad o figuras similares en donde no las hay expresa y reguladamente establecidas en cada sistema jurídico nacional. No hay una primacía, efecto directo, ni superioridad *per se* de la Convención Americana, sino solo en aquellos casos en que el sistema normativo nacional así lo reconozca por medio de sus órganos constitucionalmente legitimados para ello. El juez nacional en realidad no es juez interamericano, pues cada uno de estos cumple funciones específicas similares por sustantivamente distintas respecto a la CADH, por el simple hecho de que el juez interamericano real Corte) es subsidiario del nacional, con todo lo que ello significa e implica.”<sup>99</sup>

Al respecto debo señalar que no estoy de acuerdo con el profesor Castilla, al determinar que el control de convencionalidad no tendría

---

<sup>98</sup> CASTILLA JUÁREZ, Karlos, Op.Cit., p. 151.

<sup>99</sup> Ibid. p. 162. (las cursivas corresponden al texto original)

categoría de tal, reiterando mi opinión del capítulo anterior sobre su naturaleza normativa. La Corte IDH claramente llama a realizar un control de convencionalidad en sede interna y no lo califica de otra manera, ya que para determinar la responsabilidad por el incumplimiento de las disposiciones de un tratado del cual ella tenga competencia, se realiza a través de otros medios y procedimientos. El control de convencionalidad que llama la Corte a realizar en mi opinión, es en los términos que ella lo realiza en sede internacional, es decir, contrastando dos normas que se contraponen a un caso determinando, primando una de ellas.

Sí concuerdo con el profesor Castilla, en los términos de un errado concepto de control de convencionalidad, pero desde mi punto de vista, en la medida de que el control de convencionalidad puede estar siendo mal utilizado en Latinoamérica, como ocurre en el caso de Chile, en que autoridades, principalmente jurisdiccionales, se auto atribuyen el ejercicio de este control, mal interpretando lo realmente ordenado y delegado por la Corte, encontrándose incluso desprovistos de toda investidura normativa para realizarlo. En definitiva no están realizando un control de convencionalidad, ni un control normativo, sino que una mera aplicación de la CADH y los tratados internacionales sobre derechos fundamentales.

En consecuencia el concepto no estaría mal establecido en su origen, - aunque tenga sus reparos por los pocos detalles del mismo<sup>100</sup>, ocurre que está siendo mal aplicado, no hay congruencia con lo que la Corte determina por control de convencionalidad y lo que se entiende en sede interna por tal, desvirtuándolo en otro sistema distinto que no es el control de convencionalidad, por tanto más que un falso control de convencionalidad,

---

<sup>100</sup> Crítica que fue desarrollada en párrafos iniciales y que no serán replicados en esta oportunidad, y que no influyen a mi parecer en la determinación del concepto.



en la práctica, no es control de ninguna naturaleza y mucho menos de convencionalidad.

### **3.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre los efectos del control de convencionalidad**

La Corte IDH en sus fallos ha establecido este tipo de control de convencionalidad interno de diversas maneras, en cuanto a sus efectos.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado en el caso **Cabrera García y Montiel Flores vs. México** señala que: “Como hemos sostenido al analizar los grados de intensidad del “control difuso de convencionalidad”, el resultado del examen de compatibilidad entre la norma nacional y el “bloque de convencionalidad”, consiste en dejar “sin efectos jurídicos” aquellas interpretaciones inconvencionales o las que sean menos favorables; o bien, cuando no pueda lograrse interpretación convencional alguna, la consecuencia consiste en “dejar sin efectos jurídicos” la norma nacional, ya sea en el caso particular o con efectos generales realizando la declaración de invalidez de conformidad con las atribuciones del juez que realice dicho control.

Lo anterior tiene un mayor grado de complejidad cuando la normatividad nacional sólo permite la declaración general de la norma para el futuro (efectos *ex nunc*) y no hacia el pasado (*ex tunc*), ya que pareciera que la intencionalidad de la Corte IDH en el momento en que se crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” es que la norma inconvencional carezca de efectos jurídicos “desde un inicio”; precedente que siguió reiterando en casos posteriores, especialmente en supuestos de leyes de

auto amnistía o en otros supuestos. Sin embargo, este criterio no ha sido constante por la Corte IDH y depende del caso concreto”.<sup>101</sup>

Al respecto podemos señalar a modo de ejemplo las siguientes sentencias de la Corte IDH, en cuanto a los efectos del control de convencionalidad interno.

### **3.3.a. Jurisprudencia que declara la invalidez de una norma interna conforme al parámetro interamericano**

En el caso **Almonacid Arellano y otros vs. Chile**<sup>102</sup>, en su considerando 124 señala “***...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que 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...***”, por tanto aquella norma interna que contradiga la CADH, sería inválida desde su inicio (*ex tunc*).

En el caso **La Cantuta vs Perú**<sup>103</sup> en su considerando 174 señala lo siguiente: “***...la Corte consideró que en Perú dichas leyes de***

---

<sup>101</sup> Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010, apartado 53 y 54.

<sup>102</sup> Corte IDH. Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 124. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, año 2015.

<sup>103</sup> Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N°. 162. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, año 2015.

***autoamnistía son ab initio incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma “constituye per se una violación de la Convención” por ser “una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte” en dicho tratado. Ese es el rationale de la declaratoria con efectos generales realizado por la Corte en el caso Barrios Altos. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención...”***

En el caso **Radilla Pacheco vs. México**, en su párrafo. 339 al igual que los fallos anteriormente descritos, expresa que: ***“En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control 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. 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”.***<sup>104</sup>

En el caso **Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia**<sup>105</sup>, en su párrafo 202 reitera: ***“Por otra parte, la Corte considera oportuno reiterar que en relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de 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<sup>239</sup>. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial está llamado a ejercer un “control 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. 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”.***

---

<sup>104</sup> Corte IDH. Caso Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, año 2015.

<sup>105</sup> Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C N°. 217. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, año 2015.

### **3.3.b. Jurisprudencia que determina el criterio de la eficacia interpretativa como efecto del control de convencionalidad**

La Corte IDH, adicionalmente en su jurisprudencia ha establecido que el control de convencionalidad puede significar la interpretación conforme a la CADH, es decir utiliza el criterio de eficacia interpretativa.

Es en el caso **Rosendo Cantú y otra vs. México**<sup>106</sup>, en su párrafo 218 que manifiesta lo siguiente: ***“Para este Tribunal no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantiza los derechos contenidos en la Convención Americana. De conformidad con la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento, también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, como ya lo ha establecido este Tribunal, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana”.***

---

<sup>106</sup> Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C Nº. 216. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 7

En el mismo sentido, en el fallo del caso **Atala Riffo y Niñas Vs. Chile**<sup>107</sup>, en su párrafo 284 se señala lo siguiente: ***“En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana”***.<sup>108</sup>

### **3.3.c. Jurisprudencia que no asocia ningún efecto al control de convencionalidad**

Siguiendo con la disparidad de criterios utilizados por la Corte IDH y la poca claridad y desarrollo, al referirse a los efectos del control de convencionalidad interno, podemos destacar las siguientes sentencias:

En el caso **Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**<sup>109</sup>, en su párrafo 128 indica que: ***“Cuando 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***

---

<sup>107</sup> Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N°. 239. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7

<sup>108</sup> En el mismo sentido, caso Furlan y Familiares vs. Argentina, año 2014, párrafo 305.

<sup>109</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C N°. 158. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7

***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. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”***

Por su parte el caso **Fernández Ortega y otros. vs. México** <sup>110</sup>, en su párrafo 236 señala lo siguiente: ***“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente 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 aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un “control 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. En esta tarea, el Poder Judicial debe***

---

<sup>110</sup> Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C N°. 215. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7

***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”.***

De lo expuesto en estos tres puntos, queda en manifiesta evidencia que, la Corte es más bien ambigua en determinar los efectos del control de convencionalidad interno, y al respecto son muy certeras las palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor para poder sintetizar la idea expresada al comenzar este acápite.

“Estimamos que la Corte IDH tendrá, en el futuro, que definir con mayor precisión este delicado aspecto sobre la temporalidad de los efectos de la norma nacional inconvencional debido a que su jurisprudencia no lo aclara. No debe soslayarse que, por principio, toda violación a los derechos humanos debe tener un efecto reparador en su integridad y, por consecuencia, tener efectos hacia el pasado cuando así se requiera para lograr dicho objetivo”.<sup>111</sup>

#### **3.4. Diferencias en sus efectos entre el control de constitucionalidad y control de convencionalidad interno**

De lo desarrollado en el presente capítulo, se logra evidenciar la premisa inicial que el control de constitucionalidad y de convencionalidad interno difieren en sus efectos, como consecuencia también de su naturaleza diversa.

---

<sup>111</sup> Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010, apartado 55.



El control de constitucionalidad de las leyes de carácter abstracto, cuyo objetivo es salvaguardar la supremacía de la Carta Fundamental por parte de todo órgano, autoridad o norma del Estado, y como control de carácter normativo, produce el efecto de invalidar o inaplicar la norma que sucumbe ante las directrices de la Constitución, ya sea evitando que ingrese al ordenamiento jurídico o expulsándolo de él con efectos a futuros.

Lo anterior, siguiendo el conducto regular del criterio jerárquico aplicado en este caso, al existir una antinomia entre normas de diversa jerarquía aplicadas a nivel interno.

En el caso chileno, es el Tribunal Constitucional el único ente autorizado por la misma Constitución para declarar la inaplicación (Art.93 N° 6) o, la invalidez de las normas que la confronten, declarando la inconstitucionalidad, sea con efectos de imposibilitar que el instrumento sometido a control nazca a la vida del derecho (control preventivo), o la expulsión de dicho precepto (control represivo), con efectos generales y hacia futuro.

Por su parte, el control de convencionalidad tiene como finalidad que los Estados resguarden y protejan los derechos humanos emanados del derecho interamericano, considerando como instrumento de control principalmente la CADH y la jurisprudencia emanada de la Corte IDH.

Respecto al control de convencionalidad, como mecanismo de protección del *corpus iuris interamericano*, la inobservancia o trasgresión producirá efectos que van desde la inaplicabilidad-invalidez hasta la responsabilidad internacional según la doctrina y jurisprudencia interamericana.

Adicionalmente, hay que recalcar el hecho de que la Corte IDH no ha sido del todo clara en su abanico de sentencias alusivas al control, si este producirá efectos a futuro o *ab initio*, si claramente invalida o inaplica y si el campo de apreciación es *inter partes* o general.

Al respecto es necesario adoptar una posición doctrinaria sobre la cual haré el paralelo en relación a los efectos que produce uno y otro.

Para ser consecuente con lo dicho en el desarrollo de este trabajo y siguiendo la línea argumentativa del capítulo anterior, ***mi inclinación es por un control de convencionalidad interno con efectos propios de un control normativo, esto es, la invalidez (inaplicabilidad-invalidez) de las normas (legales) que contradigan el corpus iuris interamericano, bajo el criterio jerárquico. Los preceptos legales no producirán efectos jurídicos y en consecuencia no seguirán siendo aplicadas a nivel interno.***

Ahora bien, en este último punto, quiero expresar, en relación a las otras modalidades de efectos que produciría el control de convencionalidad, que la confrontación normativa, al ser un tratamiento de selección y de prevalencia de una norma sobre otra en el plano interno, es decir, entre normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico (incluyendo al derecho internacional incorporado conforme a los procedimientos), no es de toda lógica que la incompatibilidad de una norma con el cuerpo normativo interamericano origine la obligación de modificar la legislación interna o genere responsabilidad internacional para el Estado, establecida de esa manera por la Corte IDH.

Son cosas diversas la obligación de respetar y promover los derechos declarados de manera expresa en los instrumentos internacionales específicos y ejercer el control de convencionalidad en sede interna.

La Corte IDH como tribunal internacional, es el encargado de velar porque los Estados partes cumplan con las obligaciones convencionales asumidas y detectar y sancionar la vulneración de los derechos protegidos por dichos instrumentos internacionales, ejerciendo así su competencia sobre actos ilícitos.

Cuando la Corte alega que, se ha incumplido con las obligaciones propias del tratado, debe decretar la obligación de reparación por la vulneración de esos derechos, y es ahí donde incumbe declarar la responsabilidad internacional o incluso la obligación de adoptar medidas legislativas, pero siempre en el contexto del análisis del fondo del asunto en cuestión, en la parte decisoria del conflicto jurídico sometido a su conocimiento, no por otro asunto más que ese, sino se podría decir, que la Corte se está atribuyendo competencias que no le corresponden, como imponer la ejecución por parte de los órganos internos, del control de convencionalidad so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

El control de convencionalidad, no es parte integrante del tratado internacional, por tanto, al no ejercerlo de la manera señalada por la Corte IDH, no está incumpliendo el tratado ni excusándose en normas nacionales para no dejar de hacerlo, y sería en consecuencia ilógico y desproporcionado endosarle responsabilidad internacional.

Al respecto, destaco la crítica del profesor Francisco Zúñiga Urbina que señala que pretender aplicar en sede interna el control de

convencioncionalidad de manera conjunta al control de constitucionalidad en base al bloque de constitucionalidad, significa incluso potenciar un activismo judicial infundado.

“En términos simples, destruir la Constitución formal o Derecho de la Constitución, imponiendo una Constitución material, bajo la forma de “bloque constitucional de derechos”, no sólo quiebra los principios ordenadores de las fuentes y el principio democrático, sino que genera una doble clausura.

Tal doble clausura, se produce del modo siguiente: primero en relación a la separación, entre el campo de la legalidad propia de la competencia de los tribunales del fondo y el campo de la constitucionalidad propio del Tribunal Constitucional, se produce la clausura de una sana o vivificante constitucionalización del obrar jurisprudente de los tribunales del fondo utilizando la técnica hermenéutica de la interpretación conforme a la Carta Política de la ley y las fuentes del derecho que utilizan en sus decisiones; en la medida que el derecho constitucional material engulle los tratados o los “derechos” de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes.

Segundo, también clausura el proceso de afianzamiento en nuestra cultura jurídica, de una nueva cultura garantista, paradigma que permita a estos tribunales (y jueces) utilizar los tratados internacionales de derechos humanos, como fuentes *extraordinem* incorporadas al ordenamiento jurídico.

El “bloque constitucional de derechos”, incorpora a la Constitución material a los tratados internacionales e insufla el parámetro del control de constitucionalidad que emplea el Tribunal Constitucional, utilizando para ello incorrectamente la garantía institucional del artículo 5º, inciso segundo, de la

Constitución y, de este modo, sustrae tales tratados del campo de la legalidad o decisión de los tribunales del fondo”.<sup>112</sup>

En Chile, actualmente es imposible ejercer el control de convencionalidad en conjunto al control de constitucional como la Corte IDH lo recomienda. Esto es así porque, el parámetro de control del Tribunal Constitucional por disposición expresa de la Constitución es diferente, no pudiendo adicionarse o concluir implícitamente que ostenta la facultad de invalidar una norma que contradiga la Convención Americana de Derechos Humanos o su jurisprudencia.

Ahora, después de concluido el Capítulo Tercero, pasemos a la parte pertinente a las Conclusiones.

---

<sup>112</sup> ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Judicatura y Activismo Judicial”. Ponencia inédita a Taller de Trabajo del PAL Instituto Igualdad, Santiago 14 de enero de 2011. Revista de de derecho público, vol.73. p.66-67.

## CONCLUSIONES

Para poder determinar las conclusiones de este trabajo y a modo de dar un orden lógico, proporcionaré respuesta a las preguntas inicialmente planteadas en la introducción.

### 1. Respecto al origen del control de convencionalidad

Este control surge a comienzos del siglo XXI, a raíz de diversos fallos de la Corte IDH, fruto de un activismo tribunalicio, como un mecanismo o herramienta instaurado con la finalidad de hacer prevalecer la CADH, su jurisprudencia y la interpretación que puede realizar de dicho instrumento, asegurando así el respeto, la garantía y efectividad de los derechos descritos en la propia Convención, como el efecto útil de sus preceptos.

El concepto de control de convencionalidad no es unívoco, existe el llamado control de convencionalidad originario o externo, ejercido de manera concentrada por la Corte IDH como un control normativo, verificando la conformidad entre las normas de derecho interno, las conductas y los actos del Estado y los instrumentos internacionales que componen el *corpus iuris interamericano*. Por otra parte el convencionalidad interno o nacional, originado también jurisprudencialmente por la Corte, imponiéndole a los Estados partes adoptar medidas legislativas o de otro carácter con el objeto de velar por el resguardo y garantía del instrumento internacional protector de derechos fundamentales, debiendo ejercerse de manera difusa por todos los poderes públicos del Estado, especialmente por los jueces.

Respecto al sustento que tiene la supremacía convencional exigida por la Corte IDH, esta se ampara en los artículos 1.1, 1.2, 2, 29 y 68 de la

CADH, los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los principios internacionales *Pacta Sunt Servanda* y *Bona Fide*, reclamando para sí la supremacía de su plexo normativo.

Sin embargo, si se analizan de manera detallada dichos preceptos, no existe expresamente la obligación de que los Estados deban incorporar el derecho internacional al derecho interno, o cómo hacerlo, y mucho menos la manera en que los jueces nacionales deban aplicarlo. Tampoco se desprende como consecuencia lógica de la no realización del control de convencionalidad en sede interna, incurrir en responsabilidad internacional. Es la propia Corte la que se autoconviene de la supremacía de las normas internacionales respecto del ordenamiento jurídico de cada Estado parte, ya que no existe en ella un sistema de autoejecutoriedad de la misma, ni sugiere la implementación de cláusulas de supremacía, no siendo la Corte IDH el órgano adecuado para determinar la primacía de la norma internacional sobre la interna. Es sin duda, un asunto que debe tratarse de manera normativa y no jurisprudencial, por razones de certeza jurídica.

**2. En relación a la naturaleza del control de convencionalidad, existen dos grandes corrientes doctrinarias que lo catalogan en primer término como un control normativo, y otros como un ejercicio interpretativo**

Quienes caracterizan al control de convencionalidad como un control normativo, que se realiza mediante un examen comparativo entre dos normas de rango diverso, en este caso entre normas internas vs. el *corpus iuris interamericano* con el objeto de determinar su compatibilidad o incompatibilidad.

Quienes estiman que el control de convencionalidad implicaría un ejercicio interpretativo, en caso de lagunas o antinomias, las autoridades deben preferir la normativa de origen internacional que permite la mayor efectividad de los derechos fundamentales, siendo interpretación la más ajustada a las obligaciones internacionales, en base a los principios *pro homine* y de responsabilidad internacional.

Existe una relación directa entre la naturaleza del control de convencionalidad y sus efectos. En la primera clasificación, este tipo de control normativo, lo que evalúa en la práctica es la validez de los actos estatales al caso concreto, en concordancia con el *corpus iuris interamericano*, anulando o inaplicando las normas nacionales que lo contradigan.

Por otro lado, el control de convencionalidad como ejercicio interpretativo, significa la aplicación por parte de los jueces internos y demás autoridades públicas, de aquel precepto que garantice de mejor manera los derechos y garantías fundamentales que emanan principalmente de la dignidad humana (norma internacional), omitiendo el criterio jerárquico, sin declarar la invalidación de la otra norma. Generalmente se prefiere la norma contenida en el *corpus iuris interamericano*.

- 3. Respecto a los efectos del control de convencionalidad, diré que la Corte IDH no ha sido clara ni definitiva al momento de determinar los efectos propios del control de convencionalidad tanto internacional como interno**



Respecto a este último, su jurisprudencia es dispar en determinar si será la invalidez, la inaplicación, o si serán ejecutados de manera retroactiva o pro futuro.

#### **4. Por control de constitucionalidad entendemos aquel mecanismo instituido en defensa de la supremacía constitucional**

Ejercido por uno o más jueces (dependiendo del sistema constitucional), mediante el cual comparan y subordinan el ordenamiento jurídico local a su Carta Fundamental. Este control puede ser difuso, si es ejercido por todos los jueces de un país; o concentrado si es ejercido por un único órgano, especializado e independiente.

Es este último escenario el que caracteriza al sistema chileno, que a partir del año 2005 se radica de manera exclusiva en el Tribunal Constitucional, ejerciendo un monopolio contencioso constitucional, del control preventivo y represivo, tanto abstracto como concreto.

En el caso de la Constitución chilena, es ella misma quien declara de manera explícita su supremacía normativa en diversos artículos, siendo el precepto rector el artículo 6 de la Carta, consolidando la premisa de que el principio de supremacía de constitucional es el fundamento del control de constitucionalidad.

Es la Constitución fundamento de validez del resto de las normas del ordenamiento jurídico, siendo el control de constitucionalidad el mecanismo a través del cual se ejerce un examen comparativo entre las normas. Resolviendo por tanto el conflicto normativo que ese produce, a través del criterio jerárquico.

- 5. Respecto a la naturaleza del control de constitucionalidad, este es considerado un control normativo, en donde la norma jerárquicamente inferior a la Constitución tiene la calidad de subordinada y le corresponde ceder en los casos en que se oponga con la norma superior o subordinante.**
  
- 6. En relación a los efectos del control de constitucionalidad, es un control normativo, que resuelve antinomias a través del criterio jerárquico, no significando la derogación o abrogación de la norma inferior, o subordinada, sino que la invalidación de ella por encontrarse en conflicto con la superior. Tal efecto, en todo caso, depende del régimen de invalidación decidido por cada Estado.**
  
- 7. Respecto a la relación del control de convencionalidad y control de constitucionalidad, y en base a los dicho en los párrafos precedentes, estos difieren en su origen, norma fundante, tienen diversa naturaleza a pesar de poder considerar a ambos como control normativo, en un caso el material controlante es la Constitución y en otro la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.**

Lo anterior produce como consecuencia que los efectos de ambos controles sean diferentes; en el caso del control de constitucionalidad es la invalidación o inaplicación, de la norma que sucumbe ante las directrices de la Constitución, mientras que en el control de convencionalidad la inobservancia o trasgresión al *corpus iuris interamericano* producirá efectos que van desde la inaplicabilidad-invalididad hasta la responsabilidad internacional, según la doctrina y jurisprudencia interamericana.

En consecuencia, al diferir el control de convencionalidad interno y el control de constitucionalidad en su origen y fundamentos, el Tribunal Constitucional chileno no puede ejercer el primero. Al momento de efectuar el control de constitucionalidad de las leyes deberá considerar como parámetro único la Constitución Política del Estado, y no otra fuente del derecho como referente.

## ABREVIATURAS

Art.:	Artículo.
Arts.	Artículos.
CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos.
CDConv:	Control de convencionalidad.
Coord:	Coordinador.
Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPR.:	Constitución Política de la República.
DFL.:	Decreto con Fuerza de Ley.
LQC:	Ley de Quórum Calificado.
Nº:	Número.
OIT:	Organización Internacional del Trabajo.
P.:	Página.
Pp.:	Páginas.
Párr.:	Párrafo.
Párrs:	Párrafos.
Vs. :	Versus.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

### 1.- Libros:

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “El control de convencionalidad y el rol del juez nacional como juez de derechos humanos” En “El dialogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con la Cortes Internacionales de Derechos Humanos” 449-508 (H. Nogueira, Coord., Librotecna, Santiago, 2012).
- BOBBIO, Norberto, “Contribución a la teoría del derecho”, Editorial Debate, Madrid, España, 1993.
- BOBBIO, Norberto, “Teoría General del Derecho”. Editorial Temis. Colombia. 1992.
- CARRASCO ALBANO, Manuel, Comentarios sobre la Constitución Política de 1899. Edición oficial. Santiago, Chile, 1877
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, “La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1987.
- ELGUETA ROSAS, María Francisca y PALMA GONZÁLEZ, Eric. “La Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas”. Centro de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho Facultad de Derecho. Universidad de Chile, 2010.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Derecho Constitucional Mexicano y Comparado”, Porrúa, UNAM, sexta edición, México 2009.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)”, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México 1968.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana años 2006-2011” En La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos

- Humanos (coordinador Humberto Nogueira). Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Editorial Librotecnia. 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”. Editorial Civitas. 3era edición. España.1983.
  - GARCÍA PELAYO, “Derecho Constitucional Comparado”. Alianza Editorial, España,1984.
  - GARCÍA PINO, Gonzalo.”Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables a Chile.” En La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (coordinador Humberto Nogueira). Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Editorial Librotecnia. 2014.
  - HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. “Las fuentes formales del derecho”. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2009.
  - HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y NUÑEZ LEIVA, Juan Ignacio, “Manual de estudio de derecho constitucional: actualizado según la reforma de 2005”, Santiago., Chile, Metropolitana, 2007.
  - KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. Editorial Porrúa. 10º edición. México. 1998.
  - NASH ROJAS, Claudio, “Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, En El dialogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con la Cortes Internacionales de Derechos Humanos. 359-385 (H. Nogueira, Coord.), Librotecnia, Santiago, 2012.
  - NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humano”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Editorial Librotecnia, Chile, 2014

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales”. En “El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos”, (coordinador Humberto Nogueira). Librotecnia año 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos”, Librotecnia año 2012.
- SAGÜÉS, María Sofía, “El control de convencionalidad. Lineamientos a la luz de la experiencia en el caso argentino”, En “Acciones protectoras de derechos fundamentales”. (coordinadoras María Pía Silva Gallinato y Miriam Henríquez Viñas). LegalPublishing, 2014.
- STEINER Christian y URIBE Patricia. “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Konrad Adenauer Stiftung. 2013.
- VON BOGDANDY, Armin. “Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos”. Instituto Max Planck de Derecho Público comparado y derecho internacional. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, 2014.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica” En “El dialogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con la Cortes Internacionales de Derechos Humanos” 387-447 (H. Nogueira, Coord., Librotecnia, Santiago, Chile, 2012.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Control de constitucionalidad y sentencia”, Tribunal Constitucional, 2006.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Acciones Constitucionales”, Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2003.

- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, "Introducción al derecho procesal constitucional", Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Chile, 2003.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, "Elementos de jurisdicción constitucional", Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2002.

## **2.- Artículos:**

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "¿Quién es el guardián de la Convención Americana sobre derechos humanos? Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar, N° 6 (2001) pp. 17-49
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo "El Control de Convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la corte suprema de chile en el caso denominado episodio Rudy Cárcamo Ruiz. Revista Estudios constitucionales vol.10 no.2 Santiago, 2012.
- ANDRADE, María Virginia. La sentencia Marbury versus Madison (1803). Revista de estudiantes de derecho de la Universidad Monteávila. Venezuela. p.275.
- AYALA CORAO, Carlos. "La Ejecución De Sentencias De La Corte Interamericana De Derechos Humanos". Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales. pp. 127 a 201.
- BASTIDA Francisco J., VILLAVERDE Ignacio, REQUEJO Paloma y otros. Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Editorial Tecnos, España. 2004.
- BAZAN, Víctor "El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en América Latina" Estudios Constitucionales, Año 4 N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2006. pp. 509 a 554.



- BERTELSEN REPETTO, Raúl, “Rango jurídico de los Tratados Internacionales” Revista Chilena de Derecho, Volumen 23 N° 2 y 3, Tomo 1, 1996. pp. 211-222.
- BLANCO VALDÉS. Roberto. Francia, o la Constitución hecha Ley. Fundamentos, n.º 6, 2010, pp. 85-122.
- BULNES ALDUNATE, Luz, “La fuerza normativa de la Constitución”, Revista Chilena de Derecho, Número Especial, 1998, pp.137-142.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 12, N° 1, 2014, pp. 105-161.
- CAMARGO, Ricardo. “Constitucionalismo y la regla de derecho. El problema del universalismo y la transgresión” Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2010, pp. 31 – 48.
- CARRASCO DELGADO, Sergio. “La evolución Político- Constitucional de Chile”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 6, N° 2, 2008, pp. 301-324.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos. “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”. Revista Derecho del Estado, núm. 33, julio-diciembre, 2014. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, pp. 149-172.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre Derechos humanos”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 10, N° 2, 2012, pp. 231 – 280.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel. Antinomias o conflictos de leyes. Criterios de solución. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Febrero de 2010.

- CONTRERAS, Pablo “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Revista *Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, 2014, pp. 235 – 274.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Control de Convencionalidad”, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata ) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata ) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay)”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 11, N° 2, 2013, pp. 641 – 694.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana” Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca Año 10, N° 2, 2012, pp. 141 - 192.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 9, N° 2, 2011, pp. 531 – 622.
- GARCÍA BAUER, Carlos. “Puede elaborarse ya una disciplina jurídica autónoma de los derechos humanos” México, 1969 en VIII Congreso del Instituto Hispano Luso-.Americano de Derecho Internacional” Lima, Perú, 1970.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, La polisemia del control de convencionalidad interno, 24 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2014, pp.113-141.

- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, Año 11, N° 1, 2013, pp. 459 - 476.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos” Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, Año 6, N° 2, 2008, pp. 73-119.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y NUÑEZ LEIVA, Juan Ignacio, “El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?”. Revista boliviana de Derecho N° 21, 2016, pp. 324-339.
- HITTERS, Juan Carlos, “Un avance en el control de convencionalidad.(El efecto “*erga omnes*” de las sentencias de la Corte Interamericana)” Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, Año 11, N° 2, 2013, pp. 695 – 710.
- HITTERS, Juan Carlos, “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales
- KELSEN, Hans: “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”. Trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, en Revista Anuario Jurídico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011). Colección conmemoración 40 años del Tribunal Constitucional 1971-2011. Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 43, año 2011, Chile. pp13-44

- NASH ROJAS, Claudio “Derecho internacional de los derechos humanos en Chile recepción y aplicación en el ámbito interno”. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Chile. 2012.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “La evolución Político- Constitucional de Chile 1976-2005”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Año 6, N° 2, 2008, pp. 325-370.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales, 2007.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Presentación de sugerencias de Perfeccionamiento del proyecto de acciones Protectoras de derechos fundamentales” Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales Año 5 N° 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2007.
- PEÑA TORRES, Marisol, “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional chileno”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, 2008, pp. 205-222.
- PEÑA TORRES, Marisol, “Desafíos para la justicia constitucional chilena a partir de de la reforma de 2005”. Cuatro estudios de la Justicia Constitucional. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 36. Chile, 2007.
- PIZARRO SOTOMAYOR, y MÉNDEZ POWELL, Fernando. “Manual de derecho internacional de los derechos humanos” Universal Books. Panamá, República de Panamá, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución, El constitucionalismo de los derechos”. Ensayos de filosofía jurídica, Editorial Trotta, España, 2013.

- RUIZ MIGUEL, Alfonso, El principio de Jerarquía Normativa, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8. Núm. 24. Septiembre-Diciembre 1988, pp.135-154.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, pp. 117 - 136.
- SILVA IRARRÁZAVAL, Luis, “Supremacía constitucional y aplicación judicial de la Constitución de los Estados Unidos: Objeciones al Judicial Supremacy”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 10, N° 1, 2012, pp. 117 – 144.
- UNIVERSIDAD DE CHILE. “Pauta de presentación de Tesis Universidad de Chile”. Sistema de Servicios de Información y Bibliotecas. SISIB.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Judicatura y Activismo Judicial”. Ponencia inédita a Taller de Trabajo del PAL Instituto Igualdad, Revista de de derecho público, vol.73, Santiago, Chile, 2011, pp-59-77.

### **3.- Fuentes digitales:**

- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: entre clasicismo y creatividad” [http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions en ligne/L. BURGORGUE-LARSEN/12\\_Burgorgue-Larsen\\_CIDH.pdf](http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/L. BURGORGUE-LARSEN/12_Burgorgue-Larsen_CIDH.pdf). pp.287-312, consultada el 11 de octubre de 2014.
- CARPIZO, Enrique: “El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/> consultada el 12 de octubre de 2014.

- CORTE IDH, Jurisprudencia. consultada el 2014 y 2015.  
<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>
- CORTE IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de Convencionalidad, año 2015.  
<http://www.corteidh.or.cr/index.php/todos-los-libros> consultada en enero de 2016.
- FUENTES TORRIJO, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, consultada el 11 de octubre de 2014.  
[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish_.pdf),
- VARGAS, Loreto. “presentación de sugerencias de Perfeccionamiento del proyecto de acciones Protectoras de derechos fundamentales” en <http://www.lexweb.cl/media/users/10/521380/files/49917/38>. La aplicación del control de convencionalidad en la jurisprudencia chilena 21.11.12 .pdf consultada el 08 de diciembre de 2014.

#### **4.- Casos:**

- Corte IDH. La última tentación de Cristo (olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Serie C N° 73 (05 de febrero de 2001)
- Corte IDH. Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Serie C N° 101 (25 de noviembre de 2003).
- Corte IDH. Tibi vs. Ecuador. Serie C N° 114 (7 de septiembre de 2004).
- Corte IDH. Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Serie C N° 154 (26 de septiembre de 2006).
- Corte IDH. Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Serie C N° 158 (24 de noviembre de 2006).
- Corte IDH. La Cantuta vs. Perú. Serie C N° 162 (29 de noviembre de 2006).

- Corte IDH. Boyce y otros vs. Barbados. Serie C N° 169 (20 de noviembre de 2007).
- Corte IDH. Heliodoro Portugal vs. Panamá. Serie C N° 186 (12 de agosto de 2008).
- Corte IDH. Fernández Ortega y otros vs. México. Serie C N° 216 (30 de agosto de 2010).
- Corte IDH. Rosendo Cantú y otra vs. México. Serie C N° 216 (31 de agosto de 2010).
- Corte IDH. Radilla Pacheco vs. México. Serie C N° 209 ( 23 de noviembre de 2009).
- Corte IDH. Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Serie C N° 220 (26 de noviembre de 2010).
- Corte IDH. Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia. Serie C N° 217 (01 de septiembre de 2010).
- Corte IDH. Gelman vs. Uruguay. Serie C N° 221 (24 de febrero de 2011).
- Corte IDH. Atala Riffo y niñas vs. Chile. Serie C N° 239 (24 de febrero de 2012)
- Corte IDH. Masacres de Rio Negro vs. Guatemala. Serie C N° 250 (04 de septiembre de 2012)
- Corte IDH. Gudiel Álvarez (Diario Militar) y otros vs. Guatemala. Serie C N° 253 (20 de noviembre de 2012).
- Corte IDH. Mendoza y otros vs. Argentina. Serie C N° 260 (14 de mayo de 2013)
- Corte IDH. Liakat Ali Alibux vs. Surinám. Serie C N° 276 (30 de enero de 2014).
- Corte IDH. Norin Catrimán y otros vs. Chile. Serie C N° 279 (29 de mayo de 2014).
- Corte IDH. Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Serie C N°. 282 (28 de agosto de 2014).

- Corte IDH. Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Serie C Nº 285 (14 de octubre de 2014).