Universidad de Atacama

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Carrera de Derecho.

Salidas institucionales de ordenamientos jurídicos disfuncionales. Ensayos relativos a la Inconstitucionalidad por omisión y al Control de Convencionalidad.

Luis Caroca Páez.

Copiapó, 2013.

Universidad de Atacama

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Carrera de Derecho.

"Salidas institucionales de ordenamientos jurídicos disfuncionales. Ensayos relativos a la Inconstitucionalidad por omisión y al Control de Convencionalidad".

"Memoria presentada en conformidad a los requisitos para Obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas".

Profesor Rodrigo Pérez L

Luis Caroca P.

2013.

Agradecimientos.

A mi familia en especial a mi Padre que a pesar de no estar en este mundo vive en mi corazón, a mi madre por creer siempre en mí y nunca abandonar, a mis hermanos por su buena voluntad y a mi perro “Pescadito” mi amigo del alma y finalmente a todos mis amigos por su paciencia y cariño.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN COMO SALIDA INSTITUCIONAL INTERNA. (Página 10)

1.-Generalidades.

2. La supremacía constitucional y la división de funciones.

2.1 La supremacía formal.

2.1.1.) La Constitución es el parámetro definitorio de las formas de producción de normas jurídicas.

2.1.2.) La Constitución goza de una estabilidad jurídica reforzada.

2.2 La supremacía material.

2.2.1) La supra-legalidad material de la Constitución.

2.2.2.) La Constitución como parámetro interpretativo.

3. Relación del principio de la supremacía constitucional con la división de poderes (funciones).

3. 1. La aplicación directa de la constitución como problema en la inconstitucionalidad por omisión.

4. la garantía de la constitución frente a la inconstitucionalidad por omisión.

5. La inconstitucionalidad por omisión legislativa: su concepto y algunas consideraciones previas.

6. La justicia constitucional como problema político. Legislación políticamente no autorizada.

7. Modelos de inconstitucionalidad por omisión.

7.1. Soluciones normativas a la inconstitucionalidad por omisión.

7.2. Soluciones jurisprudenciales a la inconstitucionalidad por omisión.

8. Razones a favor y contra de la institución.

CAPÍTULO II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO SALIDA INSTITUCIONAL EXTERNA. (Página 34)

1.Generalidades.

2. El sistema interamericano De Derechos Humanos.

3. La doctrina del control de convencionalidad.

4. Relación del Derecho constitucional con el Derecho internacional de los derechos humanos.

4. 1. El Derecho Constitucional Chileno frente a los Derechos Fundamentales de fuente internacional.

CAPÍTULO III. LAS SALIDAS INSTITUCIONALES DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DISFUNCIONALES. (Página 48)

1.- contextualización.
2.- Que es un sistema jurídico disfuncional.

2.1 Disfuncionalidad en sentido interno: (inconstitucionalidad por omisión).

2.2 Disfuncionalidad en sentido externo. (Control de convencionalidad).

3. La responsabilidad del Estado y las salidas institucionales de ordenamientos jurídicos disfuncionales.
4.- Comprobación de la hipótesis de trabajo.
CONCLUSIÓN. (Página 53).

BIBLIOGRAFÍA. (Página 58).

INTRODUCCIÓN.

Las salidas institucionales de ordenamientos jurídicos disfuncionales es la culminación de años de estudio y curiosidad por cultivar la disciplina del Derecho desde una perspectiva dinámica y conforme a los nuevos planteamientos de la dogmática y filosofía del derecho que siempre ha sido un campo fecundo para la reflexión y discusión en el contexto de una sociedad abierta, plural y Democrática que en tiempos como los actuales se pregunta y cuestiona por el fundamento del poder, la justificación racional de los derechos y las distintas problemáticas sociales que han surgido conforme a la evolución misma de una sociedad compleja y moderna.

La motivación principal por la que intento elaborar una pretenciosa teoría general es dar a conocer el fruto de inquietudes y conclusiones alcanzadas por años de investigación sobre tópicos que van desde la filosofía del Derecho, ciencias políticas, sociología del Derecho, lógica jurídica, Derecho constitucional, Derecho internacional Publico, etc. logrando en la etapa culmine de una larga pero interesante carrera la sistematización algo pedestre pero con las mejores intenciones de colaborar en el debate jurídico en nuestra facultad, dando a conocer temas no antes vistos o no profundizados o mas bien dicho observado desde otro prisma para abrir con esto el interés un por un estudio científico de las materias con todas las opciones interpretativas posibles de las institucionales utilizadas en este trabajo.

Sin embargo advierto al lector que este trabajo imperfecto aun e inacabado y pese a algunas omisiones, cuenta con lo básico para abordar y comprender lo que a mi juicio constituyen los elementos para definir lo que son las *salidas institucionales de ordenamientos jurídicos disfuncionales*, y las herramientas, que claro esta considerar servirán de ayuda al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico desde las dos perspectivas u opciones institucionales analizadas aquí una interna y otra externa que en el futuro espero terminarla adecuadamente sea un obra interesante de estudio y discusión.

Ahora bien, en lo que respecta al fondo de la tesis presentada antes de seguir adelante decir "*salidas institucionales"* requiere algunas explicaciones y precisiones preliminares. Pues cualquiera que vea el titulo de esta obra acertadamente va a preguntarse "que quiso decir el autor con su titulo", bueno lo que trato de dar a entender que el objetivo principal es describir los elementos de las salidas institucionales de

ordenamientos jurídicos que tengan como elemento definitorio un grado de disfunción, y las herramientas para superar esta disfunción son la inconstitucionalidad por omisión y el control de convencionalidad y la superación de inoperancia de este ordenamiento jurídico se logran en el marco de un sistema institucional y respetuoso del Estado de Derecho.

También respondiendo al atinado lector en lo que denomino como categoría de *ordenamiento jurídico disfuncional*, no ya describiendo las herramientas sino en lo substancial lo que es un ordenamiento jurídico disfuncional (que por cierto es de un tono subjetivo y algo discrecional) que defino en términos de falta de adecuación de un ordenamiento jurídico a las exigencias provenientes de su constitución en su propia normativa (ejemplo: normas no dictadas por el parlamento siendo obligatorio para ello por mandato expreso del constituyente) o proveniente de fuente externa (internacional: tratados internacionales sobre de Derechos Humanos, *Verbigracia*: Pacto de San José de Costa Rica) que el Estado vulnera por su acción u omisión Derechos Fundamentales de los ciudadanos. Ya definido lo anterior tanto a las herramientas como el sistema mismo catalogado como disfuncional creo que estamos en condiciones de seguir adelante con el análisis de esta propuesta, que en lo medular ya ha sido descrito.

Por otra parte la palabra "institucional" Implica reconocer implícitamente la existencia de "*salidas no institucionales"* que van desde el ejercicio de la desobediencia civil, la refundación de una sociedad por medio del uso legitimo o ilegitimo de la fuerza, etc. Pero para efectos de esta presentación solo lo dejare enunciado y entregado para un desarrollo posterior por razones de extensión y finalidad académica de claridad y no abusar de los contenidos por que requieren una mayor preparación.

En cuanto al contenido mismo el trabajo que aquí les presento se estructura sobre la base de dos tópicos el primero de ellos es *la inconstitucionalidad por omisión* y el segundo la doctrina *del control de convencionalidad* ejercido por la *corte interamericana de derechos humanos*[1]*,* estos tópicos son utilizados para suministrar los cimientos de una teoría general modesta por cierto pero que se ha sido producto de una variedad de trabajos de investigación realizados durante mi estancia en la facultad de Derecho de la Universidad de Atacama presentadas en la Universidad de Chile en el II CONGRESO DE DERECHOS HUMANOS (2010), en esa oportunidad acompañado de mi gran amigo Sebastian Cabello Osorio, con el trabajo titulado *"El coto vedado de*

[1] En adelante: Corte interamericana o CIDH

la Democracia como fundamento de la desobediencia civil" en el V CONGRESO DE TEORIA CONSTITUCIONAL (2011), con el trabajo *"La inconstitucionalidad por omisión como nuevo paradigma del Constitucionalismo. Tras los pasos de un Estado social y Democrático de Derecho"* también en el III CONGRESO DE DERECHOS HUMANOS (2012) con la ponencia titulada *"La responsabilidad del Estado por delitos contra los Derechos Humanos. Y el derecho a la verdad según la corte interamericana de Derechos Humanos."* Además de replicar estas mismas ponencias en el I CONGRESO DE DERECHOS HUMANOS. Organizado por el grupo Esperanto y Sapere Aude en el 2010 De la Universidad de Atacama, al año siguiente en el CONGRESO DE LOS NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO. Organizado igualmente por el grupo Esperanto donde presente por primera vez el bosquejo de la teoría general de las *"Salidas institucionales de ordenamientos jurídicos disfuncionales. Ensayos relativos a la inconstitucionalidad por omisión y el control de convencionalidad"* que ahora presento en una versión mas depurada en este trabajo de tesis.

Ciertamente que estas investigaciones han dado un lugar a un amplio espectro de temas de relevancia que van desde la filosofía del Derecho, lógica jurídica, Derecho Constitucional, Derechos Humanos y justicia Constitucional hacia un tema en común, cual es la elaboración de una teoría con espiraciones de validez teórica y practica que sirva para cuestionar y mejorar por medio del Derecho el ejercicio efectivo de los derechos contenidos en las constituciones y en los tratados internacionales y de que manera superar lo que a mi juicio constituyen un sistema jurídico "disfuncional" connotación por cierto subjetiva, pero que afecta al sustrato mas importante de toda persona su dignidad.

Ahora bien, entrando directamente a lo que nos convoca como explicaba mas arriba, esta presentación se estructura bajo dos tópicos que nos servirán de base a la teoría general que tratare de fundamentar en los párrafos posteriores. Formalmente son tres los capítulos los dos primeros netamente descriptivos del problema desde un perspectiva interna en el primer capitulo titulado *"la inconstitucionalidad por omisión"* donde explico en que consiste esta dificultad y planteo algunas cuestiones relativas a su tratamiento en la doctrina nacional y la poca jurisprudencia comentada al respecto mas un pequeño análisis de la doctrina, jurisprudencia y normativa de Derecho comparado.

En el segundo capitulo relativo a *"La doctrina control de convencionalidad"* abordo los aportes entregados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el contexto de una variada gama de casos presentados ante sus estrados generando toda una doctrina digna de tomar en consideración en lo que llamo *"las consecuencias normativas del control de convencionalidad"* tanto respecto de causas contra nuestro país como contra otros países parte de tratado.

Finalmente en el capitulo tercero desarrollo la teoría general unificando ambas instituciones haciendo un esquema conceptual que suministre los elementos de juicio del sistema donde se hace la distinción necesaria entre las salidas institucionales internas por una parte y externas por otra parte y hacer la comprobación empírica como implícitamente los operadores jurídicos han usado de estos instrumentos para lograr superar la disfuncionalidad de su sistema jurídico.

Capítulo I: LA INCONSTITUCIONALIDAD COMO SALIDA INSTITUCIONAL INTERNA.

1.- Generalidades.

Hasta el día de hoy aun no es posible definir lo que es el Derecho, por lo que suele definirse por sus funcionales más algunas características que permiten dotarlo de algún reconocimiento en cuanto a su contenido. Sin embargo, no debe confundirse al derecho con la ley, que es una de sus manifestaciones, ni con el derecho positivo, ya que el concepto de derecho es más amplio, y una reducción tal podría conducir a la equivocación.[2] Pero en honor a la claridad conceptual se hace imprescindible definir lo que se ha entendido por ordenamiento jurídico,[3] pues bien un ordenamiento jurídico esta constituido básicamente por un conjunto de normas jurídicas vinculantes en un territorio determinado dotado de coercibilidad y regidos por una constitución.

En definitiva, sabemos ya que un ordenamiento jurídico cualquiera que este sea tiene una amplia gama de órganos interpretadores y aplicadores del Derecho y que como consecuencia de esto en sus resoluciones dictan ciertas normas y estas normas tienen una predeterminada amplitud de aplicación o en otras palabras se miden por su extensión conforme a la competencia del órgano. Daré un ejemplo para aclarar este punto. Una norma dictada por un el poder legislativo tiene un alcance y vinculación hacia todos los ciudadanos de un determinado territorio, pues las judiciales (sentencias) solo cabe aplicarse a las partes en conflicto y su amplitud en consecuencia es limitada en relación a las normas del legislativo.[4] En los próximos acápites veremos que esto en realidad no es tan así, debido al problema de la inconstitucionalidad por omisión que adelantó es la falta de normas para solucionar un caso y esta ausencia de normas tiene la característica de estar contenida en la constitución y de que es labor del legislativo u

---

[2] En sentido objetivo, el derecho es el orden jurídico, es decir, la totalidad de las prescripciones jurídicas que regulan las relaciones de un grupo de personas entre ellas o respecto de las autoridades o entre éstas; además, el concepto de derecho comprende no solamente las normas expresas, sino también las derivadas. La ley, en cambio, constituye solamente una parte de las prescripciones que se dirigen de manera vinculante a un número indeterminado de personas y que formalmente se identifica con su proceso de creación.

[3] *Vid.* Hans KELSEN, *Teoría General del Estado,* traducción de Luis LEGAZ LACAMBRA, México, Editorial Nacional, 1965, págs. 21/24 y también, Capítulo 7, pág. 299 Y sgtes; en el mismo sentido: H. L. A. HART, *El Concepto de Derecho,* traducción de Genaro R. CARRIO, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, pág. 125y sgtes.

[4] Esto es aplicable a los ordenamientos jurídicos de cultura europeo continental y heredado por nuestro país donde el precedente judicial solo tiene una amplitud relativa conforme al artículo 3 del C. Civil.

órganos encargados por su competencia de dictarlas y que su falta produce un grave perjuicio en los derechos de los justiciables.

La inconstitucionalidad por omisión como salida institucional requiere antes de entrar de lleno a su explicación como tal de una serie de precisiones conceptuales. Primero a saber, que al interior de las constituciones existen una amplia gama de principios valga la redundancia "constitucionales", es decir, situados en el más alto nivel de la pirámide normativa de un ordenamiento jurídico; segundo, que estos principios tienen una aplicación directa en todas las actuaciones del Estados y obligan por tanto a gobernantes como gobernados y tercero las constituciones poseen una garantía jurisdiccional de protección que se explica por los distintos recursos judiciales tendientes a hacer efectivos estos principios y los derechos de las personas en el contexto de un Estado Democrático de Derecho.[5]

Pasaremos a ahora a decir algunas cosas con respecto a los puntos antes mencionados. En el punto que hice alusión que en las constituciones existen una amplia gama de principios "constitucionales": como ya adelante son "constitucionales no por una idea antojadiza del constituyente, obedecen a una razón muy importantes que tiene que ver en primer término con la estabilidad jurídica y por otra parte por la certeza jurídica, motivos por el cual el constituyente quiso en el momento fundacional del Estado establecer ciertos valores que fueran perdurables en el tiempo y que las modificaciones fueran fruto de un amplio consenso y para lograr este objetivo lo incorpora en la constitución y lo asegura con un mayor quórum legislativo por considerarlos dignos de mantener en el tiempo y alejándolo de las mayorías eventuales que podría alterar el orden institucional. Para efectos de este trabajo vamos a tomar como puntos de partida la explicación de los principios de división de poderes, ahora llamado división de funciones, supremacía constitucional entre otros. Pero alguien podría preguntarse porque estos principio y no por otros, bueno, la respuesta a esta pregunta la indicare cuando explique en que consiste la inconstitucionalidad por omisión como problema, como solución y como salida institucional interna de un ordenamiento jurídico local y como las constituciones comparadas lo establecen y aplican y cual sería para nuestro caso la solución a la inconstitucionalidad por omisión.

[5] Sobre la solución de colisión y distinción de reglas y principios que contienen derechos *Vid.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81 y ss.

En lo que concierne el segundo punto vale decir, que la aplicación directa de los preceptos de la constitución no es del todo una cuestión clásica más bien, es una innovación del pensamiento contemporáneo que trata de darle un papel primordial a la constitución en cuanto esta es capaz de imponerse frente a cualquier norma jurídica por completa que esta sea y ser el principal filtro frente a cualquier colisión de reglas que por mandato expreso de la voluntad del constituyente que en teoría somos todos al memento de fundar nuestra comunidad queremos proscribir cualquier regla que sea contraria a esta voluntad originaria, es decir, una surte de protección de nuestros interese en un pretérito consentimiento informado.

Pero para efectos de esta presentación quiero que nos quedemos con la idea de que los principios constitucionales son de aplicación directa y obligan a gobernantes y a gobernados, estos principios jamás debes ser desobedecidos porque de hecho la misma constitución en su artículo 7 establece claramente la sanción de nulidad de derecho público a estas actuaciones contraria a la misma constitución[6], además claro esta considerar de otras sanciones de carácter civil y penal a aquellos que lo han concurrido a cometer dicha transgresión.

Pero siendo más precisos aun para poder introducir al lector a la claridad que requiere la compresión del texto, es necesario tener en cuenta que los principios que utilizare para explicar en qué consiste la inconstitucionalidad por omisión son *prima facie* la supremacía constitucional y la división de funciones.

En tercer lugar como ultima precisión conceptual antes de entrar de lleno al análisis, la garantía jurisdiccional de la constitución significa que es indispensable además del establecimiento de una constitución como tal en términos formales y materiales, de garantías que pueden revestir la forma de acciones o recursos judiciales, que deben ser conocida por un tribunal especializado técnicamente para la resolución de esta clase de conflictos. En consecuencia la falta de alguno de estos requisitos implicaría que la

---

[6] Art. 7 de la constitución política de la república. *"Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*
Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.
Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale."

constitución no tendría una verdadera aplicación inmediata y de ahí la razón por la cual es imprescindible el establecimiento de un tribunal para velar por su mantención en el tiempo coadyuvando junto a otros órganos a mantener el Estado de Derecho.

2. La supremacía constitucional y la división de funciones.[7]

El primer principio es el de Supremacía Constitucional contenido en el Art. 6 Inc. 1º de nuestra constitución, y conceptualizado como una premisa del Estado de Derecho, que consiste en la plenitud normativa de la constitución, su aplicación inmediata y el carácter imperativo de su contenido. En doctrina suele distinguirse de este concepto una supremacía formal de otro material.

2.1 La supremacía formal; considera a la constitución como máxima norma del ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista formal produce dos consecuencias;

2.1.1.) La Constitución es el parámetro definitorio de las formas de producción de normas jurídicas. Es decir dota de competencia a los órganos productores de normas y los procedimientos para su elaboración; En ese sentido todas las normas deben ajustarse al procedimiento de producción establecido por la Constitución y además determina parcialmente el contenido sustantivo de las de normas estableciendo los limites en la competencia de los órganos.

2.1.2.) La Constitución goza de una estabilidad jurídica reforzada; Cuya garantía radica en que la modificación o derogación de sus preceptos están sometidos a unos procedimientos específicos, distintos y mas complejos que los previstos para las restantes normas.

[7] Es menester distinguir lo que son los valores bases de lo que son los principios técnico-jurídicos de un ordenamiento constitucional, por que de acuerdo a su diferenciación es posible tener claridad en una correcta interpretación constitucional.
a.)Los valores bases del ordenamiento constitucional; Son ideales u opciones ético-sociales básicas que el Estado propugna y decide concretar; constituyen un consenso sobre los objetivos sentidos como fundamentales y prioritarios por la sociedad dentro de un contexto cultural e histórico específico.
b.)Los principios técnico - jurídicos; Son aquellos principios que se pueden extraer de los valores constitucionales que sirven de malla en torno a la cual se estructura el ordenamiento constitucional considerado como un todo.
Las normas deben concretar los valores que presiden el ordenamiento constitucional y los principios técnicos jurídicos, a través de los cuales se realizan los valores.

2.2 La supremacía material; La supremacía material de la Constitución condiciona el contenido de las normas inferiores en dos aspectos;

2.2.1) La supra-legalidad material de la Constitución; En virtud de la supra-legalidad normativa la Constitución condiciona el contenido de la norma inferior durante su etapa de elaboración y aprobación. Es decir, la observancia y el respeto de su contenido es condición de validez para todas las restantes normas. Pero para que se pueda hablar de supra-legalidad material es necesario que se cumplan dos requisitos;

- Un requisito de carácter sustantivo; que consiste en la existencia de un deber jurídico en virtud del cual todos los actos y normas deben poseer un contenido compatible con los preceptos constitucionales. En este aspecto es muy similar a lo que dijimos a propósito de la superioridad formal, pero con la diferencia en que acá el análisis que realizan los órganos es de carácter sustantivo, si es que el nuevo precepto se ajusta o no a los mandatos y requerimientos de la carta fundamental.

- Un requisito de carácter procesal; Que consiste en la existencia de órganos públicos dotados de competencia para contrastar todo tipo de actos y normas con la Constitución, y en su caso, anularlas. (Tribunales ordinarios, tribunal constitucional, y en algunos casos la contraloría).[8]

2.2.2.) La Constitución como parámetro interpretativo; La supremacía también opera durante la aplicación e interpretación de las normas inferiores, cuya interpretación obligatoriamente de estar conforme a la constitución. Y este aspecto se manifiesta en tres sub.-principios;

[8] b.) El Tribunal Constitucional; Ejerce control generalmente preventivo de la constitucionalidad de las los proyectos de ley, es un control preventivo y algunas veces facultativo y otras obligatorio y luego de la reforma 20.050 conoce del acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que es un control ex post.

c.) El control de la Contraloría; la cual ejerce fundamentalmente un control preventivo de juridicidad sobre los actos de la administración a través del trámite toma de razón.

d.) El Control político; El cual ejerce la cámara de diputados, el que es un control de mérito.

e.)Las autoridades y jefaturas de los órganos de la administración; Deben ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se extiende tanto a la eficiencia como a la eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos.

• Toda norma de la Constitución ha de ser aplicada en forma conjunta y coherente con las restantes que la integran, esto por que constituyen un todo orgánico del cual no deben deducirse contradicciones.

• La Constitución es fuente de integración al poseer los criterios y directrices que permiten al intérprete llenar lagunas legales.

• La interpretación conforme a la Constitución; Es decir frente a dos interpretaciones deberá preferirse siempre la que este mas conforme a la que mejor se ajuste a su contenido.

En síntesis la supremacía constitucional como principio nos dice que la constitución es una norma, pero no cualquier norma, sino la norma más importante de todo ordenamiento jurídico y como tal dota de validez al resto de las normas de este sistema integrado, o en otras palabras, que de la constitución fluye la competencia y límite para la creación de otras normas donde en caso de colisión siempre va a prosperar en este conflicto normativo aquella más cercana a la constitución y cuando se entronca un conflicto con una norma constitucional siempre se va a aplicar esta.[9] De esto se desprende las siguientes características:

I) Las disposiciones de una constitución no se pueden modificar por "leyes ordinarias", sino por el procedimiento de reforma que la misma ley fundamental establezca.

II) Las leyes deben respetar a la constitución no solo en su letra sino también en su espíritu, es decir, también en sus principios.

III) Si la supremacía formal o material de la constitución resulta sobrepasada por el legislador entran a operar los mecanismos de tutela del orden constitucional.[10]

[9] A pesar de existir este criterio formal de solución de conflictos normativos no siempre se va a imponer este criterio, como veremos en su oportunidad existe otros criterios como el de distribución de competencias que de alguna manera cuestiona el anterior y nos obliga a hacer un examen de competencia con respecto al órgano que dicto la regla y ver si efectivamente se dictó conforme a la constitución: tanto si es el órgano es competente como de la materia de la cual debe tratar y de ahí aplicar el criterio formal.

[10] En derecho comparado existen sistemas de control político, jurisdiccional y mixto. A fin de anular la expresión violatoria del orden fundamental. *"el acto legislativo contrario a la constitución no es una ley y si el tribunal no rehúsa aplicarlo, es destruido todo el fundamento de todas las constituciones escritas"*

Como se ve, el papel que juega una constitución en el concierto de normas de un ordenamiento jurídico es de gran relevancia y posee una gran tarea fundamentadora y validadora de las actuaciones de los órganos y distribuye competencias, poniendo los límites en virtud de los cuales se va forjando, modificando y abrogando las reglas de este sistema integrado imponiendo criterios de solución formal a conflictos normativos.

Ahora bien, la supremacía constitucional como principio constitucional como más arriba explique, consiste básicamente en que la constitución frente a cualquier actividad de cualquier órgano del Estado está siempre va a prosperar por su carácter de norma suprema y ahora de aplicación directa. Sin perjuicio de lo anterior, ante la evolución del pensamiento constitucional vinculado a la idea que esta es una norma fundamentadora y generadora de competencias nace el concepto de fuerza normativa o de aplicación directa de la misma, bajo alusión a la Carta política de 1980 como norma directamente aplicable, o bien como referencia al "principio de vinculatoriedad directa" o "inmediata" de la Constitución. Esta calidad, la de ser las disposiciones constitucionales directamente aplicables, es derivada del artículo 6º inciso 2º de la constitución.

"Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo."

De este enunciado puede desprenderse en la afirmación de que las disposiciones constitucionales son:

i) Son verdaderas normas jurídicas;[11] ii) obligatorias;[12] iii) no constituyen meros programas, idearios o planes; y iv) su transgresión debe conducir a la correspondiente sanción.[13]

---

expresa uno de los considerando del fallo redactado por el juez Marshall en el célebre caso "Marbury v. Madison", y que incluso en nuestros sea citada como ejemplo expresivo del principio que nos ocupa. Vid: SAGÜES, Néstor Pedro. "Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional", en la obra Desafíos del control de constitucionalidad, Ediciones Ciudad Argentina, Argentina, 1996, p.29.

[11] Bulnes Aldunate, Luz, La fuerza normativa de la Constitución, en Revista Chilena de Derecho (Pontificia Universidad Católica, 1998), Número Especial, p. 137.

[12] Cea Egaña. José Luis, Sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica (Valdivia, Universidad Austral de Chile, 1999), p. 180.

[13] Fernández González, Miguel Ángel, La fuerza normativa de la Constitución, en Revista de Derecho Público 63 (Universidad de Chile, 2001), p. 78.

Ya explicado el concepto y algunos detalles de la supremacía constitucional, por otra parte está, la división de funciones que en la formulación clásica de Montesquieu su nomenclatura era división de poderes por considerar que el ejecutivo, el legislativo y judicial, eran poderes independientes unos de otros en constante conflicto, pero este concepto con el tiempo se fue dejando de lado por ser más adecuada a la realidad entender que el poder es uno solo y se encuentra implícito en la soberanía y que por ende esta supuesta división de poderes era más bien una división de funciones donde solo hay un poder que es delegado por ciudadanos en su gobernante.

Este principio postula que las funciones en que se diversifica el poder del Estado deben estar radicadas en órganos distintos, para evitar que la concentración de funciones conduzca al abuso del poder. El fin último de este principio es el de proteger los derechos de las personas.

Este principio está consagrado en el Art. 7° inciso 2° al señalar que ninguna magistratura, persona o grupo de personas, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, pueden ejercer un poder distinto al consagrado por la Constitución y por las leyes, y esta actuación es nula, por nulidad de derecho público, imprescriptible, y lleva consigo responsabilidad civil, penal y administrativa.

3. Relación del principio de la supremacía constitucional con la división de poderes (funciones).

La relación que hay entre estos principios primero que todo es que ambos son "constitucionales" vale decir, están en la constitución, pero además de esta obvia relación a mi juicio y a juicio de muchos, entre estas existe una relación en constante tensión. Primero porque la comprensión de la supremacía constitucional mientras los órganos al interior de un Estado de Derecho sea fluida y conforme al principio de juridicidad (legalidad) no hay problema alguno, incluso cuando personas de la administración pública afectan con su actuar este principio los órganos encargados de valar por el cumplimiento de este principio hacen su trabajo y reestablecen el Derecho no habría problema, pero que sucedería si los órganos constitucionales como el parlamento no cumplen su tarea esencial como por ejemplo legislar sobre una determinada materia que el constituyente declaro como tarea de este órgano,

lógicamente por aplicación del principio de supremacía constitucional debería determinarse su responsabilidad en tal sentido porque en definitiva lo que se hizo o lo más bien dicho lo que no se hizo trae aparejada un severo perjuicio hacia los derechos de las personas y ¿qué hay respecto de la garantía jurisdiccional de la constitución?, ¿qué hay con respecto a la inexcusabilidad de los jueces? cuando un justiciable le presenta ante sí un caso de omisión legislativa (laguna por imputable conducta del legislador) ¿qué se debe hacer para mantener el edificio teórico del Estado de Derecho?.

Esta relación que catálogo de constante tensión entre dos principios del mismo rango jurídico implica que de alguna manera que debamos renunciar en algún sentido a su absoluta aplicación, porque muchas veces la practica desmiente a la teoría, es esta precisamente un ejemplo de ellos.

Pero porque decir que esta supuesta relación de contante tensión se produce por la inactividad legislativa, la solución a esta dificultad trae consigo la vulneración del principio de división de funciones, esta vulneración se verifica por el hecho que los órganos judiciales del Estado no pueden excusarse de conocer y resolver los asuntos sometidos a su decisión esto se conoce como el principio constitucional de "inexcusabilidad de los jueces", y como tales deben darle solución a los justiciables incluso a falta de norma que solucione el caso, lo que en definitiva cuando lo solucionan producen esta verdadera colisión de competencias vulnerando como contrapartida la división de funciones porque estarían lisa y llanamente legislando.

La solución a este conflicto se verá en el desarrollo de los puntos siguientes en esta acápite solo quise bosquejar un poco sobre cuál es la esencia que entronca el problema tanto teórico como practico de la inconstitucionalidad por omisión.

3. 1. La aplicación directa de la constitución como problema en la inconstitucionalidad por omisión.

No hay que negar que la pretendida la aplicación directa de la constitución puede ser asumida de dos formas: una como una pretenciosa actitud que yo llamo "purista" pretenciosa por que jurídicamente hablando es muy difícil que un juez X haga

aplicación de la constitución pasando por alto la normativa particular que hay en el derecho común, e inaplique por su consideración personal una norma por ser a su juicio contraria a la constitución. Esto denotaría un activismo judicial muy resistido y poco saludable por algunos,[14] [15] lo que hace que esta pretendida aplicación directa de la constitución sea mas resistida y una aspiración puritana que para los sectores mas conservadores no están dispuestos a negociar por creer que se perderían los espacios reservados para la política de los políticos y entraríamos a un verdadero gobierno de los jueces, judicializado debates de índole netamente políticos solución que por cierto se ha hecho presente en mas de alguna oportunidad en nuestro medio a juicio de algunos.[16]

Pese a lo anterior más que un problema es una solución ante conflictos de normas jurídicas el pretencioso axioma enunciado ya que la misma constitución prescribe que sea ella la que prevalezca frente a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, provenga de donde provenga, pero pese a esto, el principio no solo engloba el papel que juegan las normas sino que también juzgan y sirve de criterio para juzgar y determinar la acción de los órganos estatales en el seno de un Estado de Derecho que como tal exige que sea cumplida a cabalidad y sin matices. Pero plantearlo como problema relacionado con la inconstitucionalidad por omisión implica que a cada inactividad del legislador habría que determinar su responsabilidad y sancionarlo cada vez que esta se verifique, lo que traería como inevitable consecuencia que dicho órgano democrático perdería su libertad de autodeterminación por que su trabajo se circunscribiría prácticamente en llenar los vacíos dejados por el constituyente a su competencia transformándolo en un órgano más de administración burocrática del Estado.

A pesar de lo anterior si se sigue el criterio de ir paulatinamente llenando los vacíos dejados por el constituyente tendría como correlato de esto una luz al final del camino,

[14]Por ejemplo una interesante antevista sobre este tema en:
http://www.lyd.com/centro-de-prensa/noticias/2013/08/combatir-el-activismo-judicial-es-una-lucha
permanente-que-debe-darse-desde-varios-frentes/

[15]
Un interesante apunte sobre la materia de la profesora Mônia Clarissa Hennig de la universidad de Santa Cruz do Soul en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002012000200011&script=sci_arttext

[16] en este sentido casos judiciales emblemáticos han sido puestos como ejemplo del supuesto activismo judicial: el estrepitoso fracaso del 'caso Bombas' el 2012, el caso de Luciano Pitronello, fallos en materia medio ambiental y sentencias favorables a los consumidores. Vid:
http://www.elmostrador.cl/pais/2013/09/02/milton-juica-y-el-activismo-judicial-eso-es-un-eslogan-para-afectar-la-independencia-del-poder-judicial/

en lo que significa ir descifrando la voluntad del constituyente manifestado en las reglas dictadas por los órganos llamados a este efecto, e ir reduciendo notoriamente el cuestionable espacio de discreción y en algunos casos activismo judicial tan resistido y mal visto por algunos, pese a que el parlamento tenga que inevitablemente que burocratizar aun mas su labor.

Finalmente el problema de este activismo judicial no es posible agotarlo aquí pero si es posible decir que una buena forma de ir mitigando este sospecho evento del sistema es ir trasparentado los vacíos mas evidentes contenidos en la constitución como en la ley para conseguir la anhelada certeza jurídica con respecto a los derechos de las personas.

4. la garantía de la constitución frente a la inconstitucionalidad por omisión.

La garantía que poseen las constituciones son para velar por el cumplimiento y vigencia de la misma, esa es su razón de ser, son verdaderos juicio a actuaciones y a normas jurídicas en un plano netamente normativo ya que en la mayor parte de los litigios donde se hace mención a este concepto es por vulneración a las declaraciones normativas de la constitución más que ha hechos concretos.

Estos juicios a órganos y las normas provenientes de estos órganos suponen que de alguna manera hay una alta probabilidad de vulneración del Estado de Derecho y los sub principios que esto supone y que el o los órganos (tribunal constitucional, corte suprema, cortes de apelaciones y la contraloría general de la república) encargos de dicho conocimiento deberán ajustar su acción a la constitución y a las leyes, pero nuevamente ¿Qué sucede si no hay norma para solucionar el caso? Habría que determinar la responsabilidad de los órganos y dictar inmediatamente una resolución para el caso concreto y exhortar a los órganos irresponsables a llenar el vacío constatado en dicho juicio, esto podría ser una respuesta posible pero no es la única, como veremos en el punto relativo el tipo de sentencias para superar la dificultad inconstitucionalidad por omisión.

5. La inconstitucionalidad por omisión legislativa: su concepto y algunas consideraciones previas.[17]

En la actualidad las constitucionales declaran una serie de principios algunos claramente enunciados y en algunas ocasiones no siempre se puede vislumbrar todas sus directrices por lo que se hace necesaria una buena técnica interpretativa de los operadores jurídicos, en atención a desentrañar el espíritu y finalidad de las reglas y principios. Labor de una alta complejidad dado que las cartas constitucionales son redactas voluntariamente en términos ambiguos o amplios o vagos, por su permanencia en el tiempo debido a su estructura rígida.

Lo problemático es que el legislador recibe mensajes de parte del constituyente por medio de este documento escrito llamado constitución del cual debe reinterpretar para realizar su tarea creadora a lo que puede suceder que se omita su tarea en un tiempo estimado como razonables para hacerlo, o puede pasar que esta tarea se cumpla solo parcialmente o incluso por una mala interpretación ir contra de lo exigido y perseguido por el mismo constituyente generando que se afecten a derechos de las personas de gran trascendencia. Este es el punto de partida del fenómeno en estudio, ver en qué medida efectivamente hay afectación a esos derechos y cómo podemos solucionar este dilema de tal entidad sabiendo que generalmente se postergan los derechos sociales, que entrañan un cuantioso gasto hacia el Estado en la labor por mejorar las condiciones de vida de la sociedad en su conjunto.

Tradicionalmente se suele escribir mucho sobre las distintas funciones con un amplio consenso en cuanto a quienes son los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales, en términos de describir y diferenciar sus competencias, pero dada la complejidad y dinámica que han ido tomando los ordenamientos jurídicos se ha ido reconfigurando esta realidad. Quiero decir que hoy en día todos los órganos ejercen de alguna manera funciones que originariamente fueron concebidos de forma exclusiva para otros órganos, como por ejemplo el ejecutivo no solo es el encargado de administrar el Estado y distribuir sus recursos, sino que al igual que el legislativo dicta ciertas normas que pueden afectar incluso a la generalidad de la sociedad (decretos con fuerza de ley, decretos, reglamentos, circulares); o que el legislativo ejerza funciones jurisdiccionales

[17] Véase Báez Silva, Carlos, "Inconstitucionalidad por omisión" en Carbonell, Miguel (coord.) Diccionario de Derecho constitucional, México, Porrúa-UNAM, 2005, p. 696.

(juicio político); o que el judicial dicte normas jurídicas (autos acordados) y sus normas mas comunes sus sentencias judiciales puedan eventualmente alterar aun mas el esquema tradicionalmente trazado y en este punto nos abocaremos a continuación.

Haciendo un recuento en la literatura jurídica son muy escasos los estudios sobre las funciones legislativas de los órganos judiciales, que en situaciones excepcionales está o no legitimado para elaborar legislación que es competencia exclusiva del órgano más representativo (parlamento) , con todo, desde Kelsen se ha ido ensamblando la idea de la necesidad de centralizar el control de constitucionalidad de las reglas dictadas por el legislativo, ahora no se discute su mérito, por la incuestionable utilidad que representa, pero es sabido que los dictámenes de los tribunales constitucionales como interpretes últimos de las constitución son verdaderas guías del documento al agregar elementos o matices que no están claramente descritos en el articulado del código político. En la actualidad esta discusión se ha ido quedando en segundo plano por las nuevas polémicas relativas a una función de legislación precaria y por llamarlo de alguna manera sutil "eventual" radicada en el tribunal constitucional de forma clara en algunas constituciones como veremos o de forma encubierta como fallan algunos jueces constitucionales agregando o suprimiendo algunos elementos a la constitución estableciéndose en un legislar positivo y no meramente negativo como se concebía en tiempos pretéritos.

Las obras clásicas sobre "la inconstitucionalidad por omisión" pertenecen al alemán Wesel y al italiano Motati, quienes fueron los primero teóricos en darse cuenta de este fenómeno en sus países y de los méritos del problema y los métodos de solución que entraña para el desarrollo y perfeccionamiento del Estado social y democrático de Derecho, no obstante, lo anterior el lugar donde tiene hasta la actualidad aplicación constitucional y más amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial es Portugal sobre todo con la obra de Canhotilho quien lo define de la siguiente manera. *"Como el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos"*.

De la definición del autor podemos sustraer los elementos que siguen:

a. se trata en primer término de identificar las omisiones legislativas donde el constituyente manda a implementar o dictar la norma exigida.

b. este autor distingue entre los mandatos constitucionales de los mandatos abstractos que tienen que ver con otro tipo de deberes. Como ejemplos podríamos dar el caso donde el constituyente exige al legislador mantener un nivel de vida digno de sus habitantes (deber abstracto). De una obligación como la creación de una ley orgánica constitucional sobre el sistema de educación y salud. Los son de imperiosa necesidad y de concreta implementación en un tiempo razonable.

c. también estamos en presencia de omisión legislativa cuando el constituyente no es claro o no es preciso, donde nace el deber implícito hacia el legislador para crear las normas que hagan operativa a la carta fundamental en ese aspecto.

Finalmente se da inconstitucionalidad por omisión legislativa cuando abiertamente el constituyente envía al legislador a crear la ley, o como lo llama Canotilho, "ordens de legislar.

ahora bien ya habiendo entregado el concepto general debemos hacer la primera distinción que tiene que ver con el nivel de incumplimiento del legislador Wesel fue el primero y las clasifico entre absolutas y relativas, donde las primeras no existe cumplimiento en un tiempo más que razonable por parte del legislador de crear la norma enviada por la constitución. La segunda existe lesión contra el principio de igualdad, aunque se ha cumplido con la obligación, pero de forma defectuosa generando perjuicio por la discriminación arbitraria que hace.

En España Villaverde Menendez distingue entre el mero silencio del legislador y la omisión constitucional. Según su teoría solo habrá silencio si el legislador con su inacción no produce perjuicio alguno, pero cuando el legislador no configura la realidad jurídica exigida por la constitución y se erige con el poder soberano transformándose en constituyente estaremos en presencia de una omisión constitucional, que puede desembocar en la declaración de inconstitucionalidad por omisión.

Otra distinción importante y que no debemos olvidar dice relación con la extensión de dicha omisión, o sea, a que se refiere el término cuando lo utilizamos. En una primera forma tenemos el tipo de inconstitucionalidad en sentido amplio donde además de contemplar la omisión legislativa se comprende la omisión de cualquier órgano público

en ejercicio de sus funciones; en contraposición tenemos la inconstitucionalidad por omisión en sentido restringido donde solo se comprende las omisiones de los órganos llamados a legislar por mandato de la carta política.

6. La justicia constitucional como problema político. Legislación políticamente no autorizada.

Después de haber visto algunos de los problemas típicos que surgen al intérprete de cualquier regla y haber delimitado su objeto nos llama la tarea de explicitar su vinculación no evidente de la inconstitucionalidad por omisión, de manera de poder explicar sucintamente lo beneficioso que puede resultar su implementación a nuestro sistema jurídico o lo peligroso de este.

Lo que nos debe interesar a la luz de ejemplos no lejanos sobre el mismo es que esto constituye la forma más sofisticada de obligar al legislativo a transformar la legislación incompleta o defectuosa cuando se han dictado la normativa producto de la omisión, o cuando la mayor parte de las veces resultan normas ambiguas, imprecisas o de algún defecto lógico que pueda afectar su interpretación y por ende su aplicación.[18] o cuando la mayor parte de las veces resultan normas ambiguas, imprecisas o de algún defecto lógico que pueda afectar su interpretación y por ende su aplicación.

Luego del análisis de los problemas que afectan al lenguaje que hicimos, ahora nos servirá para dar razones acerca de la alta frecuencia de inconstitucionalidades por omisión que se da en la actualidad por lo cual, se hace necesario un mayor análisis prolijo sobre las dificultades de su instauración como proyecto a la largo plazo o su rechazo. Porque lo trascendental de esto, no es solo disminuir la pereza legislativa sino mejorar la calidad de la legislación en su totalidad desde la misma cúspide y con ello mejorar la calidad de la política. Por otra parte la inactividad del legislador puede alterar el sistema de distribución de competencias entre diferentes ordenes jurídicos y entre diferentes órganos de un mismo orden jurídico, ello porque la omisión del mandato dirigido al legislador puede impedir que otro órgano realice un acto o

[18] Aunque igualmente los estados cuando se someten a la legislación internacional de alguna manera se obligan a modificar su legislación siendo muy similar a lo que nosotros estamos exponiendo en este momento, pero con la diferencia sustancial de que este tipo de problemas se solucionan de forma interna centrando el poder decidor a un organismo del mismo estado.

desempeñe alguna función que le competa constitucionalmente, lo que acarrearía una afectación directa a la supremacía constitucional.[19]

Pero volviendo a la complejidad de la cuestión, para algunos su inclusión constituiría un gran paso al desarrollo de la comunidad en todos sus ámbitos, generando conciencia cívica en los ciudadanos para mejorar la constitución en su parte más especifica que son los derechos de prestación, en las obligaciones de actuar de parte del estado lo que muchas veces constituye la piedra de tope al desarrollo de una comunidad por razones económicas, política, ideológicas, etc.[20] Este problema no es baladí, si pensamos en la concatenación lógica que tiene la falta de legislación en ciertas materias que incluso pueden dar lugar a un alto grado de inoperancia del sistema administrativo del estado.

Cuando el legislador calla sobre una materia de importancia, que opciones le queda al juez ordinario.[21]

De los muchos problemas lógicos, su solución dependen a veces de un juez prudente el que puede deducir alguna inconsistencia axiológica por la falta de razonabilidad de las reglas y la justicia constitucional,[22] soluciona de acuerdo a estándares extra-normativos, es decir, políticos, fundamentados en principios implícitos o en deberes abstractos, ósea, en función de una batería de argumentos políticamente cuestionables (¿y el principio de certeza o seguridad jurídica?)

El tratamiento de estas inconsistencias axiológicas desgraciadamente entrega un amplio margen de acción al juez constitucional,[23] lo que se transforma en legislación al

---

[19] Báez Silva, Carlos, "la omisión legislativa y el problema procesal que genera el planteamiento de su inconstitucionalidad en el ordenamiento federal". Lex difusión y análisis, año VIII, abril 2004, p. 29.

[20] En países denominados desarrollados la educación garantizada en todos sus niveles asegura una predictibilidad positiva en la reducción de la delincuencia, ayuda a la a-movilidad social y en consecuencia entregar las herramientas necesarias para financiar la salud y otras políticas de este tipo.

[21] Le quepa la opción de integrar el ordenamiento jurídico porque no hay regla que solucione el caso, pero el juez estaría de igual modo ocupándose de funciones que no le son propias ya que según la distribución de competencia previamente establecida al legislador es quien corresponde dar solución, pero la realidad constantemente desmiente a la teoría y la misma praxis del Derecho reconoce la necesidad imperiosa de solucionar el caso, porque las partes tienen derecho a que se dé solución y más todavía una de ellas tienen derecho a ganar o que se le reconozca un derecho.

[22] o inconsistencia normativa por una torcida interpretación que genera en el mismo acto la configuración de un delito funcionario, u otro fenómeno lógico por la inacción legislativa.

[23] Se llama "laguna axiológica" no a la falta de norma cualquiera, sino de una norma "justa", es decir, de una norma que no está pero que "debería", bien porque se requiere por el sentido de justicia del intérprete, o bien por una norma superior. Pues bien, el principio de igualdad, especialmente si se interpreta como

puro estilo de legislador democrático, su labor alteraría la estructura de la división de poderes y el objetivo perseguido por ese dogma que no es otra cosa que evitar la concentración del poder.

La relación lógica que hay entre un deber abstracto con su consiguiente concreción depende en gran medida de seguir los mandatos emitidos por la constitución, por un lado si es el legislador quien cumple, su cumplimiento cuando es absoluto no se presenta problema alguno, pero cuando el cumplimiento se torna incompleto, parcial esto da lugar a la inconstitucionalidad por omisión, pero nada obsta a que cuando el cumplimiento defectuoso provenga del juez constitucional , no hay opción más adelante, en otras palabras, cuando el juez constitucional como ultimo interprete de la carta fundamental se erige con la potestad constituyente no hay recurso alguno que regule o soluciona la coyuntura nacida por aquella acción extrajurídica de carácter política fundacional. Entonces ¿será necesario darle tantas atribuciones a este juez? La respuesta a esta pregunta vuelve a depender de la postura que se tenga sobre la legitimidad del tribunal constitucional dentro del Estado de Derecho y el valor normativo de la constitución como parámetro de legitimidad transversal a todos los organismo públicos, en su faceta de suprema tanto como fundamentador del poder en cuanto otorga competencia fiscalizadora o sancionadora o concebirla como único e inamovible principio que le da eficacia jurídica y política a la constitución. Siguiendo entonces con esta línea argumental pensemos que el único órgano publico facultado para bajar de la esfera política una regla es el congreso y que la esfera donde se desenvuelve y actúan las cortes constitucionales es trabajar bajo el esquema trazado por el constituyente y no por su mero árbitro, aunque hay que reconocerle que tiene un segmento no precisado de acción política, lo que lo deja casi al mismo nivel de la discreción del parlamento.

Lo que jurídicamente es correcto resulta de acuerdo al sentido común legítimamente cuestionable, más aun cuando decidimos vivir en comunidad y ser regidos por una carta que organice el poder y lo limite al mismo tiempo que otorga libertades y prevea que la legitimidad es en esencia mantener y expandir la regla de mayoría con sus límites que la hacen razonable y al mismo tiempo integra a las minorías. Por esto es que es

principio de razonabilidad, es una fuente de lagunas axiológicas, casi podría llamarse una máquina para producir lagunas. Véase en, Guastini, Riccardo, estudio sobre teoría constitucional, UNAM, México, primera edición 2001.

sumamente problemático conceder deliberadamente legitimidad a la corte constitucional para que decida como lo haría cuan dijera el mismo constituyente.

A primera vista lo anteriormente descrito se erige como una sebera critica al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales al parlamento y el estado de la cuestión genera una carga que se impone sobre el trabajo legislativo que es sumamente denso y complejo por la gran cantidad de omisiones que hay en nuestro sistema jurídico. A pesar de esto no se exime de su responsabilidad al legislativo en la tarea de ir progresivamente reconfigurando la constitución para hacerla más acorde con las nuevas necesidades que van surgiendo por el desarrollo económico y humano de una sociedad en constante cambio sobre todo en materia de derechos sociales, económicos y culturales. Porque si bien es cierto este trabajo implica una serie de modificaciones profundas que harían lenta la reingeniería constitucional, se debe básicamente al retraso en dicha tarea y la falta de compromiso y voluntad política que incluso pondría en tela de juicio al mismo constituyente enfrentándolo nuevamente al juicio histórico sobre su aporte al desarrollo social de acuerdo a su calidad programática y adecuación a la realidad, donde sería una opción reconsiderar una asamblea constituyente como última alternativa.

La nueva carta al contemplar dicho recurso tendría que redefinir el concepto de inconstitucionalidad por omisión para nuestra realidad como proyecto de sociedad, y otorgarle a la ciudadanía un papel preponderante sobre los temas que afecten a su vida en general, dando la posibilidad se atacar directamente de forma individual o colectiva la inacción de los distintos poderes públicos en su labor política y administrativa.[24]

Ahora bien, el tribunal constitucional de esta tarea no estaría ajeno ni tampoco los tribunales ordinarios sobre todo la corte suprema, de hecho su labor seria trascendental en esto.[25] Lugar donde los otros poderes han guardado silencio, aunque según el

[24] No porque fallaría algún recurso de tal entidad, sino por su labor interpretativa de la constitución en reiterados fallos que el tribunal constitucional toma de vez en cuando para la fundamentación de sus decisiones.

[25] No porque fallaría algún recurso de tal entidad, sino por su labor interpretativa de la constitución en reiterados fallos que el tribunal constitucional toma de vez en cuando para la fundamentación de sus decisiones.
Ya que se quiera o no los tribunales hablan a través de sus sentencias las que tiene el carácter de norma jurídica, es decir, legislan lo que no es menor, porque los criterios que se pueden observar sobre sus decisiones poseen un carga política tanto como las que se siguen en las asambleas deliberativas concitando con ello un trabajo amplio de razonamiento en materias muchas veces de política contingente.

esquema de las fuentes su labor se define únicamente en función de los casos individuales donde encubiertamente la realidad demuestra lo contrario.[26] En lo que respecta a las nuevas tareas del tribunal constitucional (no solo la de un legislador negativo, sino que de legislador positivo como receptor de un recurso de inconstitucionalidad por omisión, es decir, recibir de los titulares agraviados su pretensión y que su fallo sea vinculante hacia el poder político exigiendo un estudio pormenorizado sobre la inactividad del legislativo y la factibilidad de la implementación de una solución provisoria al caso particular para luego proceder a la solución definitiva con "efectos erga omnes" dictado evidentemente por el órgano democrático (parlamento) redefiniendo a priori el nuevo rol de la justicia constitucional
.

Esquemáticamente diremos lo siguiente con respecto a la labor del tribunal constitucional bajo la facultad de poder eventualmente exigir del legislador o constituyente derivado la implementación de alguna normativa.

a.- este debe conocer atreves de algún recurso o acción judicial constitucionalmente establecido, dado que sus decisiones deben llevar la forma delimitada de tal manera que no haya abuso y no se caiga en un gobierno de los jueces. Con todo, hay que agregar la necesidad de la motivación de las resoluciones siguiendo la pauta desde siempre exigida.[27]

b.- se debe establecer de ante mano los criterios y materias específicas donde el tribunal constitucional debe intervenir y bajo cuales respectos debe fallar, con el fin de no caer en fallos carentes de motivación.

c.- finalmente seria discutible el carácter de la decisión (a quienes a afectan, de qué manera y finalmente como hacer cumplir sus resoluciones.)

---

[26] dependiendo su jerarquía la resolución será más obligatoria para los tribunales inferiores, toda vez, que existen un criterio generalizado establecido en las cortes supremas y de apelaciones cuando fallan y los juzgados de menor jerarquía siguen generalmente la misma línea argumental, aunque esto no sea jurídicamente vinculante de fallar en tal sentido por mantener el principio de imparcialidad. A mayor abundamiento revísese el texto de la profesora Carla Huerta Ochoa. Teoría de los conflictos normativos, UNAM.

[27] Aunque como veremos más adelante sobre todo el caso de España e Italia esto no están absoluto porque a través de sentencias de diversa entidad se han hecho cargo de este tipo de inconstitucionalidad, pero solo en tipo de inconstitucionalidad de carácter relativa. El tipo de sentencia será analizada en detalle posteriormente.

7. Modelos de inconstitucionalidad por omisión.

La labor que define al órgano guardián de la constitución es velar que el principio de la supremacía constitucional sea respetado y perdure indefinidamente en el tiempo. En el Derecho comparado la inconstitucionalidad por omisión relativa genera consecuencias casi tan graves como las dictación misma de normas inconstitucionales, de hecho esto afecta no solo el principio de supremacía constitucional, sino que además quiebra el de igualdad, produciéndose en suma una norma arbitraria y discriminatoria, lo que hace necesario la existencia de una regla de competencia hacia a algún órgano específico que cautele también las omisiones absolutas (cuando las normas no son dictadas en un tiempo razonable y esto retraso genera perjuicios) y relativas (lo que implica la dictación de la norma exigida por el constituyente, pero incompleta o defectuosa).

Sin agotar por cierto la cantidad de fórmulas y métodos, lo que nos obliga a resumir y a seleccionar un grupo que según nuestro sistema jurídico y organización política puede ser viable, para luego quedarnos con una de ellas como la más conveniente a mi entender

7.1. Soluciones normativas a la inconstitucionalidad por omisión.

La primera posición haría participe de la inconstitucionalidad por omisión a los tribunales ordinarios, como la corte suprema para obligar al legislativo a pronunciarse sobre determinados temas de carácter constitucional.[28] Por otra parte y siguiendo en el mismo punto, los fallos sobre una acción de protección solo tienen un carácter particular porque si se entregase ésta facultad (I. por omisión)a los tribunales ordinarios solo tendría un carácter individual lo que haría inoficioso su implementación en este estamento, salvo que se le reconozca un efecto absoluto cosa que sería un error rotundo por la especialidad que deben tener los tribunales y su carga de trabajo función que tendría una alteración demasiado brusca en temas de tanta importancia.

La segunda postura seria entregarle esta facultad al tribunal constitucional pero aquí tampoco existen acuerdos sobre a qué tipos de omisiones se haría cargo, de qué manera, y bajo que extensión de omisión (amplia o restringida.) aunque existen un alto

[28] De hecho sin el mismo nombre puede hacerse analogía de esto con las acciones de protección hechas valer ente las cortes de apelaciones, pero en este caso solo estaríamos haciendo una extensión de este tipo de irregularidades, mas no del tema precisamente enunciado.

consenso en la doctrina de otorgarle un carácter más restringido para alterar lo menos posible de distribución de funciones.

Esta propuesta algo más atenuada pero no menos impactante, va por entregarle competencia sobre la base de que el constituyente le faculta solo de hacerse cargo de aquellas omisiones en la dictación de normas de carácter legal o constitucional enviadas por el mismo constituyente histórico al constituyente derivado. Donde este último no ejecutó la obra convenida desde la instauración misma de la constitución o con posterioridad a este.[29]

Mientras tanto quedémonos con algunos ejemplos del Derecho comparado en donde existe tal institución, pero con formas diferentes entre sí, pero obviamente con algunas similitudes que vale la pena destacar, primeramente tenemos casos donde está constitucionalmente reconocida y posee una regulación sistemática y delimitada.

En la carta fundamental de Portugal de 1.949 en su artículo 283°a inc. 3 ; Brasil constitución federal de 1.988, artículo 103° párrafo segundo; en la constitución de Venezuela del año 1.999 en su artículo 336° N 7°.

Por vía legislativa federativa, ósea, por vía de regulación inferior a la constitucional. Tenemos: En México: Veracruz (64° y 65°), Tlaxcala (81°), Chiapas (56°), Quentararo (103°). En argentina: en las provincias de Rio Negro (207°) y Tucumán (134° inc. 2°). Solo por dar algunos ejemplos.

7.2. Soluciones jurisprudenciales a la inconstitucionalidad por omisión.

Jurisprudencialmente, en países donde no existe una regulación sobre la institución de forma explícita se puede desprender de algunos fallos en una aplicación extensional y creadora de los tribunales constitucionales, aunque en unos más que en otros, pero todos coinciden en hacerse cargo de las omisiones de carácter parcial: estos países son Alemania, España e Italia.

7.2.1 Modelos de sentencias para superar la inconstitucionalidad por omisión.

[29] Esta figura parece algo más mas controlable desde el punto de vista de su legitimidad, por lo que no existiría un tan alto grado la preocupación por un tribunal que sea ideológicamente tan presente y a veces sobre-controle la legislación y en consecuencia no se vean límites a su labor creadora del Derecho conforme a intereses de dudosa procedencia y carentes de justificación legitima.

Sus sentencias generalmente toman las siguientes formas:

a. Recomendaciones al legislador: no hay y no puede haber un poder sancionador sobre el parlamento, en consecuencia de buena fe se hace una recomendación al legislativo por su olvido en dicho deber.

b. Sentencias aditivas: este tipo de sentencias son dictámenes que proviene de la justicia constitucional donde se agregan elementos que no están presente en la normativa a la cual se refieren, haciendo uso extensional de su facultad de último intérprete de la constitución agregando mandatos implícitos a los demás órganos públicos.

c. Sentencias interpretativas: estas sentencias se limitan a aclarar algún punto confuso de la ley fundamental o ha adscribir significado al texto cuando aparece contradictorio y solucionar la cuestión objeto de su examen. No agregan elementos adicionales, pero cuando lo hacen automáticamente se vuelven aditivas.

d. Sentencias manipulativas:[30] en este punto el juez constitucional le entrega un significado al texto con la finalidad de satisfacer a algún interés no explícito o incluso inexistente, pero que técnicamente es eficiente para cumplir con el programa descrito en la misma constitución.

e. Declaración de inconstitucionalidad por vulnerar el principio de igualdad: esta es una de las técnicas más utilizadas cuando no hay texto expreso sobre la inconstitucionalidad por omisión, para hacerla efectiva, pero se da exclusivamente cuando el legislador dicta una norma que no regula la situación en todos sus ámbitos generando discriminaciones por el hecho de proponer soluciones no análogas a situaciones o a personas dentro de su prescripción.

f. Sentencias que declaran inconstitucionalidad sin nulidad: es una mera recomendación al legislativo para la acción, por no tener suficientes herramientas jurídicas para obligarlo.

---

[30] Para mayor abundamiento sobre este tipo de sentencia véase. SOLANO, Edgar. Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia, II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, pp. 645 – 64.

8. Razones a favor y contra de la institución.[31]

En chile no se ha pronunciado de forma clara nuestro tribunal constitucional sobre el tema, pero por los ejemplos europeos sería interesante hacer un estudio posterior que reúna jurisprudencia sobre la temática. creo que la puerta no está cerrada para el ingreso de esta nueva corriente constitucional y lo beneficioso que sería por el papel transformador de la sociedad reconocerle mayor operatividad al documento político con este instituto, de hecho sería un paso real hacia un constitucionalismo real y consolidado en aras del desarrollo de la sociedad en todos sus niveles.

En lo que es la fuerza vinculante de las decisiones del tribunal constitucional sobre el legislativo solo nos quedaría la opción que parece ser más razonable del tipo decisiones de carácter indicativa, las cuales normativamente no representa presión jurídica sobre el órgano incumplidor. Pero no obstante, lo expone al juicio ciudadano donde el papel de la opinión pública jugaría un rol importantísimo dentro de una sociedad consiente del calibre y nivel de sus políticos en materias de contingencia sobre todo cuando afecta a derechos sociales de escaso desarrollo jurídico y donde un poder llamado a trabajar en ese ámbito guarda silencio o lisa y llanamente se niega yendo en contra del mismo poder constituyente, que le da sus correspondientes competencias para cumplir con el programa político demandado en la fundación misma de la carta fundamental a la cual es deudor y finalmente justifica la nueva función que por necesidades de la sociedad en su conjunto no ha podido cumplir el órgano democrático y que incluso vulnera con su inacción su guía de acción, haciéndonos recordar la figura del guardián de la constitución no solo en aquello normativamente que es incorrecto, sino también en aquello que normativamente no se hizo o se dejó de hacer, o simplemente se olvidó hacer el poder democrático.[32]

[31] Para una crítica sistemática y extensa véase. "Las aporías del control de la inactividad del legislador", en la Revista Peruana de Derecho Constitucional nº 2 (2000), p. 99-110. Después, una segunda versión, corregida y aumentada, apareció en la Revista de las Cortes Generales nº 51 (2001),pg. 117-134 con el título "Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión".

[32] Podría alguien experto en economía discutir la factibilidad de tal institución por la sencilla razón de que los estados actuales poseen estrechos márgenes de discreción en el gasto públicos, esa razón es significativamente plausible porque de alguna manera es la piedra de tope a cualquier pretensión de llegar a un absoluto estado se justicia social, sin embargo, aquella pretensión seria efectivamente filtrada por lo razonable en la espera de la concreción de dicha política atingente a un estado comprometido con el programa político de una sociedad avanzada, en otras palabras el órgano constitucional estaría llamado a constatar la omisión que resulte contraria a la constitución y ver el tiempo que ha tardado el estado en concretar dicho estándar exigido por el constituyente, otorgando un plazo para su concreción de acuerdo a su capacidad instrumental y económica.

En definitiva la inconstitucionalidad por omisión es una institución presente que al ser detectada es posible abordarla desde varias perspectivas y darle solución, ciertamente que aquí se le planteo como una salida institucional interna ya que al determinarla en el supuesto de un tribunal constitucional propositivo se mejoraría sustancialmente lo que establece la constitución, al reconocer al mismo tiempo el principio implícito de que nadie esta por sobre la constitución, obligando en consecuencia a cumplir los mandatos constitucionales que contengan derechos a favor de las personas a fin de de hacerla operativa ante cualquier órgano.

Capítulo II: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO SALIDA EXTERNA.

1. generalidades.

Siguiendo el esquema trazado al inicio de esta tesis es necesario hacer una breve introducción de los tópicos a analizar y la propuesta del control de convencionalidad como salida institucional externa. Sabiendo primero que el Derecho como fenómeno cultural y expresión de los valores de una comunidad políticamente organizada, tiene que cumplir una finalidad pacificadora y protectora de los derechos de todas las personas, con el avance de los tiempos su complejidad salta a la vista mas ahora cuando se ve con normalidad el fenómeno de la integración mundial en lo político, económico y jurídico.

En el plano netamente jurídico la integración no algo es tan nuevo, desde tiempos casi inmemoriales el comercio marítimo y el trafico de mercancías ha constituido el elemento principal para la sincronización de algunas reglas para la adquisición de ciertos bienes en el marco del comercio internacional y para regular la guerra justa, mas las convenciones tacitas que son verdaderas reglas no escritas que se mantienen hasta el día de hoy prácticamente incólumes llamadas como normas del *ius cogens*. Pues bien, estas normas y sus orígenes al igual que el mismo Derecho obedecen a intereses y necesidades de la sociedad global que requiere de una regulación clara y precisa a fin de llevar a cabo sus negocio y solucionar pacíficamente eventuales litigios por medio de un proceso justo en igualdad de armas.

Sin embargo a lo largo de la historia las guerras cruentas han mostrado la peor cara de la humanidad y lo que la supuesta "diosa razón" enarbolada por Kant pondría fin a todos los problemas del mundo y las innegables diferencias de las personas serian superadas y llegaría la humanidad a un estado de las cosas radicalmente opuesto al irracional antiguo régimen, pero la realidad supero ampliamente a la ficción y esta anhelada diosa razón no hizo mas que servir de herramienta para masacres de proporciones descomunales nunca antes vistas, transformando al hombre en una maquina de matar y cosificando a las personas, todo bajo una justificada razón que si bien es racional, no necesariamente se ajusta a una ética respetuosa del ser humano desconociéndole su dimensión de dignidad intrínseca. Parafraseando a Theodor

Adorno y Max Horkheimer en Dialéctica de la ilustración en su denuncia a la razón instrumental.

Los descubrimientos científicos, el explosivo progreso industrial y la colonización trajo inevitablemente una secuela de conflictos y en el supuesto mundo civilizado una constante guerra de todos contra todos, haciendo caso omiso del valor del ser humano violando sistemáticamente por todos los Estados los Derechos básicos de sus habitantes y el Derecho frente a esta realidad incluso fue capaz de argumentarlo racionalmente dado que la protección de estos derechos estaban encargos a la buena voluntad de los Estados por que si sus normas cumplían solo con la exigencia formal de no contradicción con la constitución era valida justiciándose con ello hechos tan siniestros como los gobiernos de Hitler, Musolini y otros tiranos de su época.

Posterior a la I y II guerra mundial al ver las atrocidades producidas por la ambición humana guiada por una incuestionable razón sin ir a su materia, la comunidad internacional tomo la decisión de organizarse bajo la idea de proteger los Derechos Humanos universalmente, dando por primera vez en la historia un documento que fuera vinculante para todos los Estados del mundo y donde se establecían que el papel principal de los Estados organizados, era la protección y promoción de los Derechos de todas las personas sin distinción de edad, sexo, o condición. Luego se fue ampliando mas el catalogo de derechos conforme al Estado del cual se tratare, y en un intento de ir homologando y dando igual protección a todos los ciudadanos por cada región del mundo se establecieron los sistemas de protección y promoción de los derechos humanos bajo la dependencia de la organización de naciones unidas (ONU).

Esta organización esta dividido por regiones por esto existe el sistema Europeo, africano y americano de protección y promoción de los derechos humanos con el denominador común de depender de la ONU.

Ahora bien ya hecho este pequeño recuento el objetivo de este capítulo como veremos sucintamente es analizar las relaciones del Derecho Constitucional con el Derecho Internacionales de los Derechos Humanos y las problemáticas que hay con respecto al sistema de fuentes para de esta manera introducirnos al tema de fondo que es el control de convencionalidad como salida institucional externa.

Finalmente explicaremos sus problemáticas propias y la propuesta de solución a esta coyuntura.

2. El sistema interamericano De Derechos Humanos.

De acuerdo con la teoría del desdoblamiento funcional de Scelle, los Estados son creadores y destinatarios del derecho internacional. Al no existir en el ordenamiento internacional órganos centralizados y superiores a los Estados que controlen la aplicación de sus normas, queda a estos ser los principales responsables de la aplicación del derecho internacional.[33] Lo anterior debido justamente a que estas reglas en algunos ocasiones escritas y en otras tacitas se deben cumplir de buena fe por todos los Estados parte y sucede que a veces esta buena fe exigida hacia los Estados de la comunidad internacional se resisten a cumplirla o simplemente excusan su aplicación de su propia legislación.

Debido justamente a lo anterior con el correr de los años se hizo imprescindible contar con órganos centralizados dotados de competencias para hacer efectivo el contenido de los tratados y en algunos casos siendo verdaderos tribunales ya que al igual que cualquier particular los Estados también han abusado de esta buena fe y excusándose en su propia normativa interna para inaplicar un determinado tratado. *A contrario sensu* en el Derecho internacional convencional existe el principio rector de que nadie (ningún Estado) puede prescindir de la normativa de un tratado suscrito, pese a que haya entre su legislación alguna discordancia o contradicción. En ese sentido la materialización de este principio esta en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que sí establece que un Estado Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado. La necesidad de cumplir lo dispuesto en un tratado respecto del cual un Estado consintió implica que éste debe aplicar e implementar el derecho internacional que corresponda en su derecho interno mediante la creación de normas o toma de medidas que se ajusten al compromiso asumido y la derogación de aquellas incompatibles con

[33] SCELLE, Georges. Citado en: SALMÓN, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2004, p. 35.

ese compromiso.[34] En America latina existen para este efecto de controlar y supervisar el cumplimiento de la convención, la comisión (CIDH) y la Corte (COIDH) que forman parte del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos. [35]

La corte lleva la misión principal de analizar y solucionar los casos presentado por la comisión contra algún Estado que presumiblemente haya faltado a la convención. El otro integrante del sistema interamericano es la comisión la cual cumple su función de llevar a cabo el examen de admisibilidad de los casos presentados por la posibles victimas de violaciones a derechos humanos contra los Estados parte de la convención además de otras funciones anexas.[36]

---

[34] Puede verse por ejemplo el articulo 2 de la convención americana de Derechos humanos establece que "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el articulo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometerán a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". La fuente del articulo transcrito es el articulo 2 de la convención; 2.2 del pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. La convención Europea para la salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales no contiene una disposición análoga, no obstante, su articulo 1 tiene como efecto que los Estados Parte de aquella- y de sus respectivos Protocolos adicionales- cumplan una doble obligación: en primer lugar, asegurar que su derecho interno sea compatible con la convención; en segundo lugar, subsanar todo desconocimiento de los derechos y libertades protegidas por ella. Por su parte, la carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos alude en sus disposiciones 1 y 25 a las medidas que deben adoptar los Estados miembros de la organización para la Unidad Africana para hacer efectivos los derechos, deberes y libertades contemplados en dicha carta.

[35] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (o CIDH) es una de las dos entidades del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Tiene su sede en Washington, DC. El otro organismo del sistema es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La Comisión está integrada por 7 personas de reconocida trayectoria en Derechos Humanos, electos a título personal y no como representantes de ningún gobierno.

Es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, además de servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia. Fue creada por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959. Su primer directivo fue el escritor venezolano Rómulo Gallegos en el período 1960-1963.

[36] La Comisión, respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), tiene las siguientes atribuciones:

1) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;

2) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;

3) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;

solicitar a los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;

4) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;

5) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes;

3. La doctrina del control de convencionalidad.

En año 2006, la Corte en el caso Almonacid Arellano y otros respecto del Estado de Chile, el tribunal declaro que el poder judicial chileno aplico una norma que tuvo como efecto el cese de las investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, dejando en la impunidad a los responsables. En dicha oportunidad, la corte considera el supuesto en el cual "el poder legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes consideradas contrarias a la convención americana", frente a lo cual "el poder judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el articulo 1.1 de la misma y consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.[37]

A pesar que la Corte declaró "ser consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, […] obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico", recordó que "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, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". Para ello, el Tribunal indicó que el Poder Judicial debe ejercer "una especie" de

6) practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y presentar al Secretario General el programa-presupuesto de la Comisión para que éste lo someta a la Asamblea General de la OEA.
En relación con los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tiene las siguientes atribuciones:
7) diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;
8) comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención;
9) solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas;
10) consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos;
11) someter a la consideración de la Asamblea General de la OEA proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y someter a la Asamblea General de la OEA, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[37] Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Seria C Nº 154, párr. 123.

"control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana.[38]

A consecuencia de lo anterior esta doctrina por llamarla de alguna manera ha ido dando paso a una actividad cada vez mas notoria de la corte en relación a la declaración de responsabilidad internacional de los Estados por motivos de violación a los derechos humanos no solamente al establecer la cuantía de las indemnizaciones sino también al exigir un control o especia de control de convencionalidad por parte de los tribunales internos y cuando esto no se verifica ejercer el control de convencionalidad por si mismos estableciendo claramente cuales son las normas o acciones u omisión contrarias a los dictámenes de la convención.

4. Relación del Derecho constitucional con el Derecho internacional de los derechos humanos.

En una sociedad globalizada y altamente compleja y dinámica era de esperar la influencia y la presencia cada vez más intensa de todas las áreas del Derecho Internacional en el derecho interno sobre todo por el la integración política, económica y estratégica de los Estados que requieren para su estabilidad y normal funcionamiento reglas claras hacia el futuro para evitar conflictos que entronquen esta dinámica del desarrollo. Pero la génesis del establecimiento de estas reglas se encuentran vinculadas por una serie de necesidades humanas que no solo se satisfacían con las relaciones políticas, económicas y estratégicas, sino que también por razones valóricas y de protección de ciertos derechos inherentes a todas las personas independientes de su

[38] A pesar de que la sentencia en el caso Almonacid Arellano y otros fue la primera en la que la Corte se refirió al "control de convencionalidad" *strictu sensu*, este concepto ya había iniciado su desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal. En efecto, conforme lo señala Ferrer Mac-Gregor, si se observa con detenimiento fallos previos "puede apreciarse que algunos de los criterios fueron adoptados con anterioridad a la creación pretoriana del 'control de convencionalidad' en dicho caso". Así, "resulta evidente que la Corte crea la doctrina del 'control difuso de convencionalidad' advirtiendo la tendencia de la 'constitucionalización' o, si se prefiere, 'nacionalización' del 'derecho internacional de los derechos humanos' y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento 'hermenéutico' y de 'control' de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos". Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 29. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Al respecto, la doctrina se remite a los votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez en las sentencias de los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* de 25 de noviembre de 2003; *Tibi vs. Ecuador* de 7 de septiembre de 2004, y *López Álvarez vs. Honduras* de 1 de febrero de 2006. Ver en el mismo sentido, véase: HITTERS, Juan Carlos. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)". *Revista Estudios Constitucionales* Vol. 7, 2009 (2), pp. 109-128.

nacionalidad, condición física o género, gestándose como consecuencia de la preocupación de la comunidad internacional por las guerras inhumanas producidas justamente por conflictos de intereses entre los Estados, imposibles de solucionar por el derecho de gentes y por estas mismas razones imponiéndose la ley del más fuerte cometiendo violentas guerras provocando la muerte de millones de personas inocentes. Con posterioridad a la segunda guerra mundial la humanidad haciendo un intento por evitar las tensiones y violaciones a los derechos humanos surge en el seno de la comunidad de las naciones unidas (O.N.U) un catálogo de derechos universalmente reconocido por todos los Estados del mundo que por primer vez se pone en el centro al ser humano otorgándole garantías de protección frente a sus propios Estados y estos a su vez obligándose por la suscripción y ratificación de los distintos tratados sobre derechos humanos.

Pues bien, a consecuencia de lo anterior este fenómeno de integración jurídica por el derecho internacional de los derechos humanos se produce sincronías entre los ordenamientos jurídicos nacionales con el derecho internacional y en específico con las constituciones sujetando todo el ordenamiento jurídico a los requerimientos de normas foráneas.

Como vemos la influencia de las relaciones de integración y protección no son únicamente de carácter económico o político sino que también de carácter humanitario donde la educación de los Estados a estas normas obedecen a un proceso paulatino que se ha ido consolidando con el tiempo una verdadera red mundial de protección y promoción de los derechos de las personas habiendo una clara diferenciación entre lo que es el Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Con todo, esta transformación jurídica y cultural ha producido a mi juicio un cambio de paradigma en la estructura de fuentes del derecho interno y, especialmente, en el Derecho Constitucional.[39] Lo que sin duda significa una reinterpretación y un nuevo análisis más complejo de la diversidad de normas jurídicas que configuran el espectro del derecho constitucional en particular cuando se refiere a los derechos fundamentales.

[39] Sobre la interacción y la interdependencia entre el derecho interno y el Derecho Internacional, vid. Aguilar Cavallo, Gonzalo: "El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público", en Revista Ius et Praxis, vol. 12, núm. 1 (2006), pp. 117-154.

4. 1. El Derecho Constitucional Chileno frente a los Derechos Fundamentales de fuente internacional.

Como es ampliamente aceptada por la doctrina nacional y declarada por la misma constitución en sus actas y de la una lectura depurada y prolija de su texto es posible afirmar sin tapujos que la constitución chilena al igual que las constituciones modernas al menos en este punto, reconocen que los derechos fundamentales no son solo los establecidos en su texto sino que son anteriores al mismo Estado por cuanto esté en su formación e instauración reconoce que estos derechos son previos y reafirma su compromiso en protegerlos y que su formulación en su articulado obedece a un momento histórico determinado, señalando que el catalogo por este motivo no es ni será taxativo sino solo enunciativo de muchos otros que se encuentran implícitos en la naturaleza misma del ser humano como verdaderos atributos inseparables de cada sujeto. Ahora bien, debido a la incertidumbre en saber qué derechos están efectivamente garantizados hay que distinguir si están o no el art 20 o en el 21 de la constitución nacional, por que si bien es cierto que hay muchos derechos que son inherentes al ser humano pero por esto no los hace justiciables, por ejemplo vemos que el derecho a la vida posee una amplia protección al igual que la propiedad, en el primer caso no se produce problema alguno en cuanto a su justificación, pero respecto del segundo la cuestión no ha tenido una respuesta satisfactoria por que es prácticamente imposible demostrar racionalmente porque un derecho de esta naturaleza es inherente al ser humano. Además siguiendo en el mismo punto vemos claramente que la constitución chilena solo vela por la protección de derechos individuales careciendo de protección aquellos derechos de contenido social, también se vislumbra que esta ineficiencia o carencia de estos derechos provoca un indefensión de las personas frente al poder económico, reproduciéndose como síntesis una surte de subordinación del Estado hacia el poder económico y precarizando la calidad de vida de los ciudadanos.

Pero a pesar de lo anterior conforme a lo esgrimido en las primeras líneas de este punto con respecto a los derechos reconocidos como anteriores al Estado y el carácter no taxativo de su catálogo de derechos, en el año 1989 la constitución actualmente vigente experimenta una interesante reforma que abrió el catálogo de derecho hacia fuentes extranjeras ampliando la gama de prerrogativas reafirmando con esto que los derechos del Art 19 no son los únicos por aplicación del artículo 5 inc. 2 de la constitución.

Por otra parte Chile ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, adquiriendo una obligación jurídica internacional e interna de cumplimiento de la normativa de la Convención, en cuyo artículo 27 consagra el principio de la primacía del Derecho Internacional por sobre el derecho interno del Estado.[40] Lo cual ha traído mas de alguna disputa teórica con respecto a cómo debemos considerar los instrumentos internacionales en el esquema de fuentes en cuanto a su jerarquía en caso de dispuesta o colisiones con otras normas. Más todavía considerando el silencio que tuvo el constituyente en este aspecto al no señalar donde debíamos ubicar las normas de un tratado con respecto a la legislación nacional.

Sin embargo, el estado del debate doctrinal por el momento no se ve una solución definitiva, pero a mi juicio creo que la discusión resulta más aparente que real,[41] toda vez que conforme a un correcta interpretación del material constitucional sobre derechos humanos podemos concluir que estos derechos al ser reconocidos por el constituyente como límites al ejercicio de la soberanía y declararlos como el fundamento del Estado, demuestra que los tratados sobre la materia solo vienen a confirmar este reconocimiento, pero ahora de forma explícita, por cuanto estos sujetan en su legitimidad y ejercicio todo el espectro constitucional y son el fin mismo del Estado incluso siendo el fundamento mismo de la actuación de antes dicha institución. También desde la perspectiva interpretativa particular que supone el tema sobre su carácter y posición respecto del esquema de fuentes, no tiene una sola respuesta correcta o posible, por lo que el ejercicio de solución obedece a un juicio valorativo del interprete más que un mero ejercicio lógico o matemático de su posición ,ya que, como y se ha dicho la posición dentro del esquema de fuentes no implica necesariamente una solución matemática o lógica (silogística) debido a su consideración y contenido valorativo la solución es más bien de balance y peso en el caso en específico, por lo que en definitiva el derecho que prospere sobre el otro no indica que esto siempre sea así, o que por este hecho los derechos se resten unos con otros o que se anulen por una supuesta colisión.

---

[40] "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

[41] Lo que no significa que no tengas repercusiones prácticas, sino que creo que la solución a esta problemática es primar por una interpretación universal y pro homine donde el valor del ejercicio del derecho es lo que debe primar por sobre la estructura formal del ordenamiento jurídico.

Ahora bien ¿cómo debemos entender el sistema de derechos humanos? Para una adecuada comprensión y aplicación práctica, primero asumir que los derechos pueden tener dos providencias: una interna contenida en la constitución y otra externa contenida en tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por chile que se encuentren vigentes, además de las normas del *ius congens*. Esto es lo que a juicio de algunos constituye el "bloque de constitucionalidad" una suerte de catálogo abierto de derechos fundamentales con fuentes diversas pero con iguales pretensiones de validez.

Así, el profesor Nogueira ha definido el bloque constitucional de derechos fundamentales como "el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuente del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de ius cogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5º inciso 2º de la Constitución chilena vigente".[42] En otras palabras los derechos los podemos encontrar en una amplia gama de normas todas ellas válidas y eventualmente aplicables, al mismo tiempo que este autor reconoce al igual que gran parte de la dogmática moderna la teoría de los derechos implícitos lo que viene a ampliar notoriamente el catálogo de derechos y en muchas oportunidades a complementar los ya existentes o a incorporar nuevos elementos a los mismo no previsto por el constituyente.

En definitiva hoy es posible hablar de un verdadero derecho constitucional internacional.[43] Donde las normas internacionales de derechos humanos son complemento del derecho nacional: en algunas ocasiones, cuando el ordenamiento interno regula completamente el ejercicio de un derecho o; cuando el reconocimiento o

[42] Nogueira Alcalá, Humberto: Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006, pp. 244-252; Nogueira Alcalá, Humberto: "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico.

[43] Sobre la idea de un Derecho Internacional Constitucional, vid. Bidart Campos, Germán J.: "Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos", en Corte I.D.H.: Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 447-479, especialmente p. 458.

regulación es solo parcial adquiere un carácter de aplicación directa obligando a los órganos estatales a su aplicación y a modificar su actuación para dar cumplimiento a la normativa en cuestión.

En el mismo sentido un criterio importante es la coherencia y la buena fe.[44] Con base en la buena fe de las actuaciones humanas y según un principio de lógica y coherencia que la jurisprudencia ha llamado principe allant de soi, un Estado que ha asumido libremente una obligación internacional, especialmente en derechos humanos, ese Estado, sus órganos, individuos y grupos deben adaptar su conducta y su derecho interno en orden a asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas.[45] Con el solo mérito de asegurar el ejercicio libre de parte de todos los habitantes del Estado de sus derechos sin ninguna restricción que no sea el ejercicio imprudente o dañoso hacia otras personas.

Por lo tanto, para los Estados parte se presume que asumen de buena fe y están dispuesto a tomar todas las medidas que sean necesarias para dar efectividad a los tratados sobre derechos humanos haciendo que su ordenamiento jurídico sea coherente, es decir, que no exista contradicción de sus normas con las provenientes de normas internacionales. Desde el punto de vista de los compromisos internacionales, que como tales, deben cumplirse con primacía, no es posible y es ilógico que el Estado asuma, en el ámbito internacional, obligaciones internacionales, especialmente en la esfera de los derechos humanos, y con posterioridad, ese mismo Estado o sus órganos, no actúen ni adopten medidas en el ámbito local para dar cumplimiento a esas obligaciones internacionales relativas a derechos humanos, o bien, que los órganos del Estado militen derechamente en contra de dar cumplimiento y honrar los compromisos internacionales.[46] Esto último es tanto más grave en cuanto se trate de obligaciones en materia de derechos humanos, pero sabiendo lo anterior es que surge la necesidad de la comunidad internacional de crear órganos internacionales que sean capaces y cuenten

[44] "Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

[45] Vid. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C Nº 39, par. 68. (continuación del pie de página anterior)

[46] Bidart Campos, Germán J.: "Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos", en Corte I.D.H.: Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, pp. 447-479, especialmente p. 457.

con las competencias y recursos necesarios para velar por el cumplimiento de los tratados de derechos humanos. Es por esto, que, una vez más, los derechos humanos no admiten ni conocen líneas divisorias ni fronteras, ellos deben ser respetados y efectivamente protegidos en la realidad cotidiana, no pudiendo argumentarse en su contra que ellos relevan del Derecho Internacional o que ciertos Derechos Humanos han tenido su origen o pertenecen a otro ordenamiento jurídico, porque los Estados parte han concurrido con su voluntad a la suscripción y ratificación de los mismo por lo que se hace inexcusable su aplicación. Además del argumento de coherencia y buena fe, está el argumento de texto en el sentido de que los Estados, para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, están obligados a adoptar medidas internas tendientes a dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, tanto en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 como según una norma internacional consuetudinaria universalmente aceptada.[47] En efecto, la Corte I.D.H. ha afirmado que "en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (principe allant de soi)".[48]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho consistentemente que este deber general de adecuación "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 [Americana de Derechos Humanos]. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención".[49] Por otra parte, la Corte I.D.H. también ha detallado los aspectos positivos y negativos que reviste la obligación contenida en el artículo 2 de la CADH. En efecto, la Corte I.D.H.

[47] Corte I.D.H.: Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C Nº 73, par. 87.

[48] Corte I.D.H.: Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, par. 68;

[49] Corte I.D.H.: Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C Nº 73, par. 87.

ha afirmado que "el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías".[50] Como veremos más adelante las resoluciones de la Corte tienen un valor tan potente que en más de alguna oportunidad han servido a los ciudadanos que han sido violados en sus derechos a forjar una surte de legislación internacional indicaría hacia el Estado incumplidor, haciendo eco de esta tesis en su aspecto externo como una salida de un ordenamiento jurídico disfuncional por aplicación del control de convencionalidad como veremos.

De esta afirmación es posible extraer dos conclusiones: en primer lugar, es el derecho interno y la actuación y prácticas de los poderes del Estado quienes deben adecuarse al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[51] En segundo lugar, la obligación de adecuarse a las normas de derechos humanos se predica respecto de todos los poderes y órganos del Estado, poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Esto último es una obligación jurídica, no una recomendación. Por lo tanto, una práctica efectiva, eficiente, jurídicamente obligatoria y procedente, y conducente a la observancia efectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la aplicación por parte de todos los órganos nacionales que ejercen jurisdicción, del Derecho de los Derechos Humanos y sus garantía, específicamente, de origen internacional, y de su interpretación y desarrollo a través de las enseñanzas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[52] Cerrarse a ello, afirma Zagrebelsky, significa "predisponerse a políticas constitucionales y de los derechos humanos funcionales solamente a los exclusivos intereses nacionales".[53]

---

[50] Vid. Corte I.D.H.: Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C Nº 52, par. 207.

[51] Saavedra Alessandri, Pablo: "La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias", en VV.AA.: La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979- 2004, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2005, p. 390.

[52] Cfr. Corte I.D.H., Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C Nº 68, par. 137.

[53] Zagrebelsky, Gustavo: "¿Qué es ser juez constitucional?", en Díkaion, Revista de Actualidad Jurídica, Año 20, núm. 15 (2006), pp. 155-171, especialmente p. 162.

De ahí la relevancia del reconocimiento, ya en varias oportunidades, por la Corte Suprema de Chile, de la incorporación automática de la norma consuetudinaria internacional, la cual es una fuente jurídica riquísima en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[54] Por ejemplo, son normas de carácter consuetudinario internacional en materia de derechos humanos:

La obligación de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de los derechos humanos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada;[55]

b) El deber de introducir modificaciones en el derecho interno (tanto en su formulación, como en su interpretación, como en su aplicación) adaptándolo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el caso de La última tentación de Cristo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que "en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial".[56]

---

[54] Vid. Sentencia de la Corte Suprema de Chile, caso Lauritzen con Fisco, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LII, 2ª parte, sección 1ª, p. 478 (1955); Cfr. Detzner, John A.: Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos, Comisión Chilena de Derechos Humanos Santiago, 1988, p. 182.

[55] Vid. Corte I.D.H. Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname. Reparaciones. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C Nº 15, par. 43; Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C Nº 7, par. 25; Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C Nº 8, par. 23;

[56] Corte I.D.H., Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C Nº 73, par. 87; Caso Durand y Ugarte vs. Perú, Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C. Nº 68, par. 136; Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C Nº 39, par. 68.

CAPÍTULO III. LAS SALIDAS INSTITUCIONALES DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DISFUNCIONALES.

1.- contextualización.

Ya hecho la explicación de las instituciones de las dos vías o salidas de ordenamientos jurídicos disfuncionales la primera de ella la inconstitucionalidad por omisión como salida interna, entendido por tal la vía en virtud de la cual es posible superar los vacíos y deficiencias de un determinado ordenamiento jurídico por falta de desarrollo de su texto por una imputable inactividad del legislador que produce perjuicio en los derecho de las personas. En lo que es la salida externa analizamos la doctrina del control de convencionalidad para nuestro sistema jurídico ejercido por la corte interamericana de derechos humanos (CIDH) que en una serie de fallos ha ido generando una suerte de doctrina sobre el contenido de los derechos en el marco de la comunidad internacional.

Lo esencial como se logra vislumbrar es la efectividad de los derechos en un sistema institucional, utilizando los instrumentos disponibles para tal efecto y así superar esta deficiencias por vulneraciones del Estado debido a la inacción legislativa o por incumplimiento del un tratado sobre derechos humanos que evidentemente compromete la responsabilidad del mismo en cuanto a su desarrollo.

Los términos mas comúnmente utilizados acá son responsabilidad legislativa por que en ambas vías lo que se trata de demostrar es la falta de norma que se verifica y repercute en los derechos de las personas como fue latamente explicado en los capítulos anteriores.

2.- Que es un sistema jurídico disfuncional.

En un sentido amplio un sistema jurídico es disfuncional en la medida que no cumple su rol al interior de una sociedad, el Derecho como disciplina siempre ha querido hacerse cargo de las disputas que surgen al interior de una comunidad y que esas soluciones tengan la capacidad de apaciguar las aguas y poner fin a un conflicto por medio de una respuesta oportuna y racionalmente justa. Pero lamentablemente el Derecho siempre debe ir de tras de los avances de la sociedad, debe ponerse en un paso atrás y no tratar de adivinar el futuro por que la historia nos enseña que la razón por justificada que esta sea siempre hay que dudar de ella y sobre todo con una herramienta tan potente como el Derecho que sirve de limite a libertad del ciudadano y como

estructura de acción para este, lo que hace presumir que el Derecho en cuanto técnica de control social formalizado no siempre es la solución a todos los conflictos y que en consecuencia siempre va los ordenamientos jurídicos será disfuncionales en sentido amplio.

En un sentido restringido un ordenamiento jurídico es disfuncional en la medida que no cumple o no se ajusta a las exigencias tanto del mandato del constituyente (sentido interno); o cuando no cumple con las exigencias provenientes de fuente externa (sentido externo), este seria un intento de concepto formal de lo que seria un ordenamiento jurídico disfuncional. Pero materialmente un ordenamiento jurídico disfuncional esta constituido sobre la base del concepto del responsabilidad Estatal sobre la dictación e implementación de la normativa requerida tanto por el constituyente materializada en la constitución y por otra parte sobre los requerimientos de la normativa internacional validamente suscrita por el Estado ambas vías sobre Derechos fundamentales.

En síntesis un ordenamiento jurídico es disfuncional por los siguientes puntos.

Hay que distinguir el sentido.

2.1 Disfuncionalidad en sentido interno: (inconstitucionalidad por omisión)

* Por ir en contra de la voluntad del constituyente: que se grafica en el incumplimiento del legislador en los mandatos de determinación dictados por el constituyente.

* Esta falta imputable del legislador vulnera principios constitucionales: la supremacía constitucional, la división de poderes (funciones), provoca activismo judicial, vulnera el principio de igualdad ante la ley.

* Esta falta genera perjuicio a las personas: por la indeterminación de sus derechos y la falta de desarrollo normativo de los mismos quedando entregado prácticamente al capricho del poder judicial en cuanto a su determinación.

* Además de lo anterior sin agotar el catalogo de deficiencias estaría la vulneración de principio de clausura del ordenamiento jurídico de la seguridad jurídica como consecuencia de esta clara indeterminación normativa.

2.2 Disfuncionalidad en sentido externo. (Control de convencionalidad)

* Se aplican todos los criterios anteriores, pero con la salvedad que la inclusión de las normas provenientes de los documentos internacionales se incorporan al ordenamiento jurídico nacional como una norma común y no como una norma integrante de la constitución.

* La responsabilidad del Estado legislador es internacional en este punto y resuelta por un tribunal que luego de haber hecho un análisis del ordenamiento jurídico domestico determina, que no esta, en ese determinado punto conforme al tratado y por ende lo condena a indemnizar a las victimas y a modificar en tal sentido su cuerpo constitucional o legal según sea en la especie.

3. La responsabilidad del Estado y las salidas institucionales de ordenamientos jurídicos disfuncionales.

Al determinarse la responsabilidad del Estado y condenarse por ejemplo en el caso de constarse la inconstitucionalidad por omisión seria de acuerdo al tipo de sentencia que dicte en nuestro medio ya que no contamos con un instrumento procesal que la contemple. Así las cosas solo seria posible por medio de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad plantearla y una vez resuelta el tribunal puede solucionar el caso y la causa queda ahí, o bien puede exhortar al órgano legislativo a dictar la norma y solucionar el caso en comento.

La solución es normativa ya que se dicta una norma ya determinada la omisión por medio del legislativo que seria lo mas idóneo o por una sentencia judicial que ponga fin al caso particular, lo que vulneraria el principio de igualdad ante la ley ya que eventualmente podría otra persona plantear su caso y no ser resuelto en el mismo sentido.

En segundo caso (el control de convencionalidad) en la salida externa, tenemos que se tendrían que agotar todas las instancias internas para llegar a sede internacional y plantear el caso de vulneración derechos consignado en derecho interno o el acuerdo internacional ante la comisión interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para que luego de un análisis de merito decida llevar el caso ante la corte y citar al Estado a comparecer y defender sus intereses. Una vez lograda la sentencia condenatoria en contra de Estado la corte en su resolución recomienda al Estado modificar su legislación en un determinado sentido con el objeto de que se detengan las transgresiones y acomodar su ordenamiento a las exigencias previstas en el tratado.

Este resumen de cómo opera nos sirve de base para un entendimiento mas acabado de cómo se logran superar las deficiencias de un determinado ordenamiento jurídico.

4.- comprobación de la hipótesis de trabajo.

La hipótesis principal fue demostrar que hay dos vías de solución de ordenamientos jurídicos disfuncionales la primera de ellas la inconstitucionalidad por omisión y para lograr la claridad necesaria hice una aproximación conceptual al problema, analice los distintos típicos vinculados a la problemática y pude demostrar que la inconstitucionalidad por omisión es un fenómeno de recurrente discusión en el derecho comparado que ha tenido solución legislativa en algunos casos y en otros judicial como en nuestro medio, además de la falta de desarrollo teórico en nuestra literatura.

Demostré por medio de un estudio general en que consistía la institución como lo abordan las opinión foráneas y cuales han sido sus problemáticas como por dar un ejemplo el peligro del activismo judicial y las repercusiones de la inactividad del legislador y los principios constitucionales que se encuentran en juego.

Desarrolle una aproximación teórica del tema y senté las bases para su solución.

Ahora bien, en cuanto a la salida o vía externa, el tema se encuentra mas elaborado en nuestro medio por lo que fue más sencillo su planteo y ahora comprobación empírica.

La doctrinal del control de convencionalidad lo que hace es hacerse cargo de algunas omisiones de los órganos Estatales en cuando al cumplimiento de los mandatos internacionales suscritos por un Estado ya sea desde la perspectiva de la responsabilidad estatal: legislativa en mayor de los casos mas las correspondientes indemnizaciones para con las personas que han sido vulnerados en sus derechos como en la generalidad de la ciudadanía cuando las resoluciones obligan al Estado a modificar sus normas.

Solo por citar un ejemplo a este respecto el emblemático caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, es un caso citado por la corte en una innumerable cantidad de fallos por considerar que es ahí donde comienza a verificarse el peso de este control a nivel interamericano vedándose la posibilidad a los Estados a dictar normas que sean contrarios a dicho tratado.

En síntesis y para finalizar una pretendida teoría general debe cumplir con el objetivo de poder ser aplicable a cualquier ordenamiento jurídico independiente de contenido, objetivo que a mi juicio es alcanzado, pero obviamente puede ser mejorado, este trabajo es solo un bosquejo de una futura teoría general de las salidas institucionales de ordenamientos jurídicos disfuncionales. Por cierto que el objetivo principal se encuentra cubierto por los datos suministrados y por los argumentos entregados en esta

presentación y pese a ello estimo que las posibles criticas que se le puedan hacer servirán para perfilar de mejor manera el futuro de esta investigación que como dije en la introducción es una obra inacaba pero dotada de las mejores intenciones de aportar al debate jurídico.

CONCLUSIÓN.

Metodológicamente el título de esta tesis no es del todo antojadizo porque al hablar de salidas institucionales lo que se quiso decir era que hay formas internas como externas de abordar los ordenamientos jurídicos disfuncionales, y el criterios por cierto que subjetivo para denominar de disfuncional a un determinado ordenamiento jurídico dice relación no con la forma de Estado y cuestionar aspectos de fondo, sino solo desde la forma y por medio de la utilización de los propios medios que la misma constitución prevé.[57] Para el caso de la salida interna superar estos déficits en lo que atañe a los mandatos constitucionales de derechos fundamentales por una parte como sucede con el principio de supremacía constitucional,[58] responsabilidad, etc. todo ellos en el contexto de un Estado Democrático de Derecho.

Por otra parte en la salida externa por medio del control de convencionalidad ejercido por los tribunales internacionales de derechos humanos, se logra vislumbrar algunos casos emblemáticos por llamarlos de alguna manera donde se ha prácticamente torcido la mano al mismo estado al imponerse resoluciones exteriores, a pesar de que esta cuota de restricción al Estado por medio de un tratado se ha intentado justificar en principios de orden universal vinculados a cruentos suceso históricos que la humanidad no quiere volver a vivir, pero que se ve afectado de acuerdo a algunos un elemento imprescindible e irrenunciable del concepto mismo de Estado que es la soberanía,

[57] En cuanto a la inconstitucionalidad por omisión se puede decir que lo aconsejable seria determinar el vacío y luego proceder a su denuncia y pedir al tribunal que se pronuncie sobre la responsabilidad del Estado legislador y de esa manera justiciar el interés comprometido. Y de esa manera estaría frente a una efectiva salida interna fundamentada en los principios de supremacía constitucional.
De nada vale el Principio de Supremacía si no existe un mecanismo que lo garantice, a este mecanismo se lo conoce como Control de constitucionalidad y juntos son dos de los más importantes pilares de la teoría constitucional. Para el desenvolvimiento de este control puede emplearse una Magistratura Constitucional y un Procedimiento Constitucional, centralizado en un mismo órgano, elementos a través de los cuales se realiza el control de la vigencia del principio de constitucionalidad y del examen se determinara si hubo o no una omisión que constituya inconstitucionalidad, en otros sistemas como los del como low lo realizan en base al mecanismo conocido como sistema difuso de control de constitucionalidad, que puede estar a cargo de cualquier juez, sin importar su jerarquía o fuero.

[58] las expresiones típicamente atribuidas a la supremacía constitucional, como son, por ejemplo, el control de constitucionalidad, la aplicación directa de la Constitución, la eficacia inmediata de los derechos fundamentales, el efecto vinculante del precedente o la existencia de un intérprete final. Son de una amplitud y ambigüedad que no son pasibles de abordar todas ni dar una respuesta satisfactoria atendida la extensión de esta monografía.
"En este contexto, interpretación suprema, última o definitiva de la Constitución son sinónimos, significando que la sentencia resulta vinculante para todos los órganos del Estado y para toda persona, institución o grupo." Así lo define el propio Tribunal Constitucional, en el cons. 70° de la sentencia rol 740, de fecha 18 de abril de 2008.
disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/ pdf/914.
Las comillas con mías.

desmembrada y limitada por una potencia externa que tiene las facultades para imponer sus resoluciones sobre estados supuestamente libres y soberanos.

La conclusión final a la que se llegue es establecer fundadamente un "sistema" entiendo por tal al conjunto unitario, sistemático y coherente de proposiciones dotadas de una cierta pretensión de validez ya que las salidas institucionales de ordenamientos jurídicos disfuncionales obedecen a una clara necesidad del cumplimiento de los mandatos constitucionales en el caso de la inconstitucionalidad por omisión porque el legislador no ha cumplido con su labor de elaborar en un tiempo razonable lo que el constituyente ha mandado a hacer, lo que se grafica en ya sea en la falta de desarrollo normativo (inconstitucionalidad por omisión parcial); o espacios vacíos de normas jurídicas que doten de operatividad al documento constitucional (inconstitucionalidad por omisión total). Estos tipos de omisión según vimos tienen el carácter de provocar en los ciudadanos un clara indefensión frente al Estado y un situación de flagrante vulnerabilidad frente al poder económico generando como consecuencia una incoherencia entre lo que dice la constitución y lo que en la realidad sucede, esto porque frente a constitucionales ineficientes o "simbólicas" solo cabe decir que son documento dotados de buenas intensiones que probablemente no se verifiquen en la realidad por faltar el elemento esencial que es su capacidad de imposición normativa absoluta.

El tema de la inconstitucionalidad por omisión fue abordado no como una solución o posibilidad de denuncia hacia los órganos encargados de generar las normas y por otra parte aplicarlas correctamente de acuerdo a su sentido y alcance, sino que fue abordado como un problema que se encuentra implícito en cualquier constitución dada sus características propias, y que requiere de una solución rápida y eficaz si lo que se quiere es una constitución verdaderamente operativa, donde su finalidad no es otro que establecer los marcos de acción de los órganos Estatales y los derechos fundamentales de los ciudadanos con su correspondiente garantía por medio de la justicia constitucional. Lo que intento de explicar en estas líneas finales sobre este tópico es que la inconstitucionalidad por omisión es una institución permanente del derecho que esta ahí presente y que requiere necesariamente de una solución, es decir, si la constitución manda al legislador a crear las reglas para dar cumplimiento a su obligación en cuanto órgano Democrático y este no lo cumple en un tiempo estimado como razonable,

alguien debe hacerse cargo de esta cuestión y darle un fin satisfactorio porque si bien es cierto que el principio Democrático implica reconocer al parlamento la facultad de crear libremente las normas jurídicas dentro del marco de sus competencias y respetando los designios de la carta fundamental no es menos cierto que este principio de libre composición y decisión no lo faculta para desobedecer abiertamente la voluntad del constituyente que esta por sobre cualquier consideración de cualquier índole.

En nuestro medio la problemática de la inconstitucionalidad por omisión tiene al menos dos vertientes en primer lugar al no tener establecido expresamente la institución de la inconstitucionalidad por omisión y por ende su solución (ya sea judicial, administrativa, etc.) debe ser en mas de algún caso producto de un cuestionable activismo judicial o lisa y llanamente desechar por parte de los órganos judiciales las pretensiones vinculadlas a la falta de desarrollo normativo justamente para evitar el ya mencionado activísimo de parte de los órganos jurisdiccionales. Por otra parte esta el desconocimiento en el medio nacional de la institución bajo la creencia clásica de que la constitución es una norma secundaria o subsidiaria de soluciones concretas radicadas en el derecho común ignorando las ventajosas cualidades de una norma jurídica de la mas alta entidad dentro de la estructura normativa como lo que tenemos en hoy lo que produce desafortunados resultados para los justiciables.

Lo proposición hecha aquí es básicamente dejar sentado el hecho de la existencia de esta institución en nuestra constitución y las perniciosas consecuencias de su desconocimiento y las vías o medio de solución frente a ella, que en el fondo en la descripción misma del problema se logra dejar en claro de la existencia no de una sino varias posibles soluciones en derecho comparado, en cuanto la podemos clasificar en soluciones que provienen de la misma constitución como de las que provienen la practica judicial.

En el primer evento al establecer las hipótesis de su producción y método de solución radicado en un órganos constitucional determinado o en un órgano administrativo, etc.

En segundo evento están las soluciones judiciales, que entroncan un activismo judicial más o menos notorio, pues como vimos hay sentencias de carácter aditivas que solucionan el caso estableciendo derechos permanentes a favor la parte agraviada por

negligencia del legislador. En esta variante surgen la mayor parte de las discusiones teóricas de relevancia ya que una parte importante de la dogmática constitucional no ve con buenos ojos al aparatos judicial como el mas idóneo para legislar desde el punto de vista de la vulneración del principio de distribución de poderes, el principio de composición Democrático de las normas, etc. Estas criticas se pueden circunscribir a bajo el rotulo de criticas teóricas desde el punto de vista de la teoría constitucional, sin embargo, estas nos son las únicas criticas que se le han hecho, como por ejemplo y sin agotarlas tenemos las de carácter técnico, es decir, de la falta de preparación de los jueces para la elaboración de normas a contrario sensu de lo que sucede con el parlamento que cuentan con recursos y asesorias técnicas; sin dejar de mencionar el criterio de composición Democrático del parlamento que no tiene así el órgano judicial, y lo que para algunos podría ser el un criterio relevante seria el económico, por lo que el tribunal al no contar con las asesorias necesarias y el contacto frecuente con la administración publica podría dar lugar a situación de derroche de recursos por hacer primar sus propias aspiraciones políticas de sociedad.

Tenemos también las otras sentencias como las exhortativas que son aquellas que se dividen en dos subtipos: la primera aquella que reenvía el caso al órgano administrativo o legislativo según sea la naturaleza del caso para que le de solución inmediata o en un "tiempo razonable" y el tribunal deja de conocer, el segundo subtipo dice relación con una variante "exhortativa-aditiva" donde el órgano judicial soluciona el caso en cuestión y para evitar lesionar el principio de igualdad ante la lay que podría afectar a futuros justiciables reenvía los antecedentes donde se constata la inconstitucionalidad por omisión para se releve el vacío con la norma faltante siendo la sentencia únicamente una solución al caso concreto de forma precario y eventual.

El punto de vista asumido aquí es de sincerar y dar a conocer la profundidad de una institución de esta entidad y demostrar que en general los órganos constitucionales en el derecho comparado ya no son solo vistos como una especie de "legislador negativo" como popularmente se le conoce y ahora con una actividad propositiva y en algunas oportunidades positivas en el sentido de la creación directa del derecho.

Como se logra ver el problema ha tenido un tratamiento serio en derecho comparado, y las álgidas discusiones que ya se han dado en países mas avanzados a este respecto

tímidamente se han ido importando hacia nuestro medio, y se han ido bosquejando análisis y comentarios interesantes a la jurisprudencia de nuestro tribunal constitucional.

En cuanto al control de convencionalidad su estudio resulto ser bastante mas accesible por que nuestro literatura desde el año 1989 ha puesto sus ojos y ha desarrollado al igual que nuestro tribunales toda una doctrinal con respecto a este control, sin embargo, se ve que no hay acuerdo en todo lo que refiere a dicho control, toda vez, que la aplicación de este canon a los inicios de la reforma fue tenue e incluso vista con malos ojos, al ser catalogada como una actitud beligerante proveniente de un juez inquisidor con pretensiones de un cuestionable activismo político al adelantar el juicio de convencionalidad, que con el tiempo fue confirmado por sentencias de la corte interamericana de Derechos Humanos.[59] Después de esto se empezó a cambiar el prisma con el que era observado este criterio por que las sentencias de parte de la corte interamericana siguieron dicho criterio de forma uniforma y sin vacilaciones.

En consecuencia se establece que los tribunales constitucionales en los ordenamientos jurídicos que cuenten con un sistema centralizado o los tribunales ordinarios en los sistema difusos deben primero que todo realizar un análisis entre las normas contenidas en el pacto de San José de Costa Rica y los tratados a fines, mas las normas del *Ius cogenes* y posteriormente sus normas internas quedando la posibilidad al justiciable de recurrir ente la comisión para que esta presente su caso a la corte con el objeto de reestablecer el imperio del Derecho.

La tesis de esta salida externa dice relación precisamente de que si no es posible lograr la efectividad de los derechos internamente nos queda la posibilidad de la herramienta externa y lograr por medio del control de convencionalidad buscar la responsabilidad del Estado y lograr las modificaciones necesarias para maximizar los derechos de todos los ciudadanos por medios institucionales.

[59] *Vid.* Corte IDH, Caso Mayra Marc Chang contra Guatemala, sentencia 25 de noviembre de 2003, serie C. Nº 101, voto concurrente Razonado del juez Sergio García Ramírez.

BIBLIOGRAFÍA.

1. AGUILAR CARBALLO, Gonzalo: "El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público", en Revista Ius et Praxis, vol. 12, núm. 1 (2006)

2. ALEXY, ROBERT, Teoría de los derechos fundamentales, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993

3. BAEZ SILVA, Carlos, "Inconstitucionalidad por omisión" en Carbonell, Miguel (coord.) Diccionario de Derecho constitucional, México, Porrúa-UNAM, 2005

4. _____"la omisión legislativa y el problema procesal que genera el planteamiento de su inconstitucionalidad en el ordenamiento federal". Lex difusión y análisis, año VIII, abril 2004.

5. BIDART CAMPOS, Germán J.: "Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos", en Corte I.D.H.: Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998

6. BULNES ALDUNATE, Luz, La fuerza normativa de la Constitución, en Revista Chilena de Derecho (Pontificia Universidad Católica, 1998), Número Especial

7. CEA EGAÑA. José Luis, Sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica (Valdivia, Universidad Austral de Chile, 1999)

8. DETZNER, John A.: Tribunales Chilenos y Derecho Internacional de Derechos Humanos, Comisión Chilena de Derechos Humanos Santiago, 1988.

9. FERNANDEZ GONZALES, Miguel Ángel, La fuerza normativa de la Constitución, en Revista de Derecho Público 63 (Universidad de Chile, 2001)

10. GUASTINI, Riccardo, estudio sobre teoría constitucional, UNAM, México, primera edición 2001.

11. HANS KELSEN, *Teoría General del Estado,* traducción de Luis LEGAZ LACAMBRA, México, Editorial Nacional, 1965.

12. H. L. A. HART, *El Concepto de Derecho,* traducción de Genaro R. CARRIO, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977.

13. HITTERS, Juan Carlos. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)". *Revista Estudios Constitucionales* Vol. 7, 2009 (2)

14. HUERTA OCHOA, Carla. "Teoría de los conflictos normativos" UNAM. México, segunda edición 2008.

15. NOGUEIRA ALCALA, Humberto: Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, Librotecnia, Santiago de Chile, 2006

16. _____"Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico. Librotecnia, Santiago de Chile, 2006

17. SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo: "La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias", en VV.AA.: La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979- 2004, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2005

18. SAGÜES, Néstor Pedro. "Los desafíos del Derecho Procesal Constitucional", en la obra Desafíos del control de constitucionalidad, Ediciones Ciudad Argentina, Argentina, 1996

19. SALMÓN, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2004.

20. SOLANO, Edgar. Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia, II Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo.

21. ZAGREBLEZKI, Gustavo: "¿Qué es ser juez constitucional?", en Díkaion, Revista de Actualidad Jurídica, Año 20, núm. 15 (2006),

JURISPRUDENCIA CITADA.

JURISPRUDENCIA NACIONAL.

1. Sentencia de la Corte Suprema de Chile, caso Lauritzen con Fisco, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LII, 2ª parte, sección 1ª, p. 478 (1955)

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

1. Corte I.D.H. Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname. Reparaciones. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C Nº 15

2. Corte. I.D.H. Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C Nº 7

3. Corte. I.D.H Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C Nº 8

4. Corte. I.D.H. Caso Durand y Ugarte vs. Perú, Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C. Nº 68, par.

5. Corte. I.D.H. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C Nº 39

6. Corte I.D.H.: Olmedo Bustos y otros vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C Nº 73

7. Corte I.D.H.: Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C Nº 52.

8. Corte I.D.H., Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C
Nº 68

9. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Seria C Nº 154.

10. Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 29. Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

11. Votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez en las sentencias de los casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala de 25 de noviembre de 2003; Tibi vs. Ecuador de 7 de septiembre de 2004, y López Álvarez vs. Honduras de 1 de febrero de 2006.

PAGINAS WEB.

1. http://www.lyd.com/centro-de-prensa/noticias/2013/08/combatir-el-activismo-judicial-es-una-lucha permanente-que-debe-darse-desde-varios-frentes/

2. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002012000200011&script=sci_arttext

3. http://www.elmostrador.cl/pais/2013/09/02/milton-juica-y-el-activismo-judicial-eso-es-un-eslogan-para-afectar-la-independencia-del-poder-judicial/

4. http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/ pdf/914