

LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS EN EL MARCO DEL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA LEY Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

THE OBLIGATION TO ADOPT LEGISLATIVE MEASURES IN THE FRAMEWORK OF THE PROCESS OF FORMATION OF THE LAW AND THE CONTROL OF CONVENTIONALITY

Jaime Rojas Castillo*

RESUMEN: Este trabajo analiza el deber del Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para cumplir con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos y las libertades reconocidas en ella y el rol que juega el control de convencionalidad para asegurar su disfrute y goce. Resalta la importancia del Poder Legislativo en la promoción, respeto y garantía de los derechos humanos y la necesidad de adoptar, en el proceso de formación de las leyes, las medidas pertinentes, incluyendo el control de convencionalidad, para evitar la vulneración de los derechos humanos y la consiguiente responsabilidad internacional del Estado por la presencia de normas jurídicas contrarias a la Convención Americana en su derecho interno. Asimismo, hace referencia al ejercicio del control de convencionalidad por parte de la Convención Constitucional Chilena.

ABSTRACT: This work analyzes the duty of the State party to the American Convention on Human Rights to adopt legislative or other measures to comply with the obligations of respect and guarantee of the rights and freedoms recognized in it and the role played by the control of conventionality to ensure your enjoyment and enjoyment. Emphasizes the importance of the Legislative Power in the promotion, respect and guarantee of human rights and the need to adopt, in the process of forming laws, the pertinent measures, including the control of conventionality, to avoid the violation of human rights and the consequent international responsibility of the State for the presence of legal norms contrary to the American Convention in its domestic law. Likewise, it refers to the exercise of conventionality control by the Chilean Constitutional Convention.

PALABRAS CLAVES: Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Convención Americana, reformas legislativas, control de convencionalidad, Poder Legislativo, Convención Constitucional.

KEYWORDS: *Inter-American Human Rights System, American Convention, legislative reforms, conventionality control, Legislative Power, Constitutional Convention.*

Fecha de recepción: 09/10/22

Fecha de aceptación: 09/10/22

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2023.7415>

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso (Chile). Abogado. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid (España). Doctorando del Programa en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid. Integrante del Observatorio del Proceso Constituyente Chileno, Universidad de Valparaíso. Investigador en el Área de Análisis Legal, Asesoría Técnica Parlamentaria (ATP), Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). E-mail: 100401881@alumnos.uc3m.es

1.- INTRODUCCIÓN¹

El 11 de abril de 2022, la Convención Constitucional Chilena incorporó al "Borrador de Propuesta de Constitución Política" la norma que dispone: "La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad"². La centralidad de los derechos humanos en nuevo modelo constitucional chileno, que supera al subsidiario presente en el Código Político de 1980, requiere un actuar coherente de todos los órganos del Estado.

El marco del III Congreso de la Asociación de Estudiantes y Egresadas/os del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, de la Universidad Carlos III de Madrid, que llevó por título: "Institucionalidad y protección de los Derechos Humanos en un nuevo pacto social", me permitió reflexionar sobre la importancia de la obligación del Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Convención Americana) de adoptar medidas legislativas en el derecho interno para hacer efectivos los derechos reconocidos en ella, la que a su vez se relaciona estrechamente con el control de convencionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva N° 6/86, se refiere expresamente al Poder Legislativo en materia de protección de los derechos humanos en un Estado Democrático, ya que su mandato, revestido de la voluntad popular, está dirigido a evitar la vulneración de los atributos inviolables de la persona, los que no pueden ser legítimamente menoscabados o en los que sólo se puede penetrar limitadamente³.

La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos y necesarios elementos formales. Implica dirigir su contenido a una finalidad⁴: la protección y garantía de los derechos humanos. Para coadyuvar en esta tarea la Corte IDH creó la doctrina del control de convencionalidad, la que, con una vigencia de más de 15 años, ha contribuido a cumplir las obligaciones asumidas soberanamente por el Estado parte en la CADH y los tratados en general.

La doctrina del control de convencionalidad, cuyos fundamentos se encuentran principalmente en los artículos 1.1, 2 y 29 de la

¹ Las afirmaciones formuladas en el presente trabajo se expresan en el contexto de una investigación de carácter académico. Son de exclusiva responsabilidad de su autor, y no representan de manera alguna a la institución en que desarrolla funciones profesionales.

² Convención Constitucional (Chile), Consolidado de Normas aprobadas para la Propuesta de Constitución por el Pleno de la Convención, acceso el 21 de marzo de 2022, <https://bit.ly/3s4rUPh>.

³ Corte IDH, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6, párr. 21-23.

⁴ *Ídem*, párr. 32.

Convención Americana, reconoce el rol del Legislativo en su tarea de reforma del derecho interno, ajustándolo a las disposiciones del *corpus iuris* interamericano y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Este trabajo tiene por objeto abordar la obligación del Estado parte en la CADH de adoptar medidas legislativas y el control de convencionalidad. Para alcanzar este propósito se analizan los principales pronunciamientos de la Corte IDH y la doctrina de los y las juristas que explican cómo estas instituciones son útiles para asegurar el respeto y garantía de los derechos y libertades de quienes se encuentran bajo la jurisdicción del Estado. Por tanto, se plantea que el Poder Legislativo al ejercer su función debe considerar esta obligación internacional, siendo el control de convencionalidad una institución útil para estos fines, al tiempo que constituye un instrumento para asegurar el cumplimiento del nuevo Pacto Social.

2.- LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS EN EL MARCO DE LA COVENCIÓN AMERICANA

El artículo 2 de la Convención Americana establece que si los derechos y las libertades reconocidas en ella, no se encuentran ya asegurados en el derecho interno del Estado, este se compromete a adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter, en conformidad a sus respectivos procedimientos constitucionales y la Convención, necesarias para hacer efectivos esos derechos y libertades⁵. Esta obligación, "ocupa una posición crucial en la arquitectura interamericana de derechos humanos"⁶.

La función de quienes tienen como tarea emitir normas jurídicas se encuadra en uno de los principales deberes de carácter convencional: adoptar medidas legislativas para armonizar el Derechos Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno⁷, y es garantía de efectividad en un sistema multinivel de protección de los derechos humanos.

La disposición sobre la obligación de adoptar medidas legislativas en la CADH, tiene como referente el artículo 2.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Fue incorporado con el objeto de reforzar el deber de hacer efectivos los derechos y evitar que algún Estado argumentara no estar obligado a respetar alguno de estos, no obstante entenderse incorporados en el derecho interno por solo hecho

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2.

⁶ Humberto Nogueira Alcalá y Gonzalo Aguilera Cavallo, *Control de convencionalidad interno: la aplicación del corpus iuris interamericano por los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial las jurisdicciones nacionales*. (Santiago: Editorial Librotecnia, 2018), 206.

⁷ Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos Pelayo Möller, "Capítulo I Enumeración de Deberes", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*, 2ª ed., por Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs, (Bogotá Colombia: Konrad Adenauer Stiftung, 2019), 31-105, 76.

de ratificar la Convención⁸. Esta obligación, por otra parte, “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁹.

La obligación de adoptar medidas legislativas, se “encuentra directamente vinculada a las obligaciones de respeto y garantía, aunque los alcances y propósitos de cada una de ellas son diferentes”¹⁰. Se trata de una obligación de carácter complementario¹¹ que “se suma a la impuesta por el artículo 1 de la Convención dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades (...), complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del artículo 1”¹², pues tiene un efecto directo e inmediato sobre los individuos, aunque “es especialmente relevante en cuanto parte del deber de garantía de los derechos humanos”¹³.

Tratándose de las obligaciones de respeto y garantía, en opinión de Ledezma, “esta ha omitido indicar los medios o procedimientos concretos a través de los cuales los Estados deben dar cumplimiento al compromiso que han adquirido en materia de derechos humanos”¹⁴, por tanto, la obligación de adoptar medidas legislativas tendrá lugar en todos aquellos “supuestos en que el del artículo 1.1 resulte inoperante o, al menos, insuficiente, (...) en virtud de que determinados derechos --no todos-- necesitan en sí mismos de normas o medidas complementarias de orden interno para ser exigibles de manera inmediata e incondicional.”¹⁵ Además, no debe ser entendida como “mera repetición del ya establecido en el artículo 1.1, porque esto equivaldría a vaciar de sentido éste último, ni tampoco como

⁸ *Ídem*, 77-78.

⁹ Corte IDH, Sentencia *Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo*, del 29 de julio de 1988, Serie C Nº 4, párr. 177.

¹⁰ Elizabeth Salmón, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2020), 64.

¹¹ Héctor Ledezma Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed. (San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004), 82.

¹² Héctor Gross Espiell, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A Nº 7, Opinión Separa del Juez Héctor Gross Espiell, párr. 6.

¹³ Ledezma Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales...*, 82.

¹⁴ *Ídem*, 75.

¹⁵ Rodolfo Piza Escalante, Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A Nº 7, Opinión Separa del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 27.

equivalente del simple deber genérico de darle eficacia en el orden interno”¹⁶.

Los Estados parte en la CADH, tratándose de aquellos derechos reconocidos por ella de manera inmediata e incondicional, deben respetarlos y garantizarlos para que sean plenamente exigibles. Sin embargo, existen ciertos derechos que requieren de la acción del Estado, puesto que “por su misma naturaleza [son] inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención, es decir, en el plano internacional”¹⁷. Así, por ejemplo, el derecho a sufragio requiere de leyes que fijen los mecanismos necesarios para hacerlo efectivo: plazos, registros electorales, locales de votación, personal encargado y mecanismos de proclamación de vencedores o de reclamación de los resultados o bien aquellos que permitan ejercer efectivamente un cargo público.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y el Sistema Universal de protección se contemplan normas similares al artículo 2 de la CADH¹⁸. Esta obligación, además, se caracteriza porque que no se agota, en mi opinión, en un único acto, esto es, una vez que se introduzca la reforma legislativa del derecho interno – o bien con la adopción de una medida de otro carácter - sino que es necesario que el Legislativo o el órgano correspondiente, la actualice a la luz del avance de los conocimientos científicos y tecnológicos, tal como dispone, por ejemplo, el n° 3 del artículo 11 de la CEDAW¹⁹.

En resumen, y siguiendo a Medina Quiroga, el Estado con el fin de garantizar el disfrute de los derechos humanos debe realizar “una cuidadosa revisión de su legislación interna con el propósito de eliminar las discrepancias que puedan existir entre ella y las normas internacionales”²⁰, asegurando que dichas normas operen en su

¹⁶ *Ídem*, párr. 26.

¹⁷ *Ídem*, párr. 27.

¹⁸ Así, por ejemplo, se puede citar entre otras, el Protocolo de San Salvador (art. 2); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará (art. 7, letras c), d), e) y h); Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (art. 4, letra c), art. 9, letra a), art. 12, letra d), art. 18, párr. 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2, n° 2); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2, n° 1 y n° 8); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (art. 2, letras a), b) y f), art. 3, 6, 11, n° 3, etc.); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3, n° 2, art. 4, 19, 32, 33, etc.); y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 4, n° 1, a), b), art. 15, n° 2, art. 16, n° 1, etc.).

¹⁹ “3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.”

²⁰ Cecilia Medina Quiroga, C., *La Convención Americana: teoría y Jurisprudencia: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*.

jurisdicción, pero será él quien decida la manera más conveniente para adecuar su normativa interna²¹, decidiendo su incorporación directa o bien a través de la emisión de nuevas normas²². Con todo, la sola adopción de medidas legislativas no es suficiente cumplir con el compromiso asumido: ellas deben ser efectivas (principio del *effet utile*) y esto sólo acontecerá "cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención"²³.

3.- FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGISLATIVAS

3.1.- Fundamento de la obligación de adoptar medidas legislativas

En el marco de la CADH, el fundamento de la obligación de adoptar medidas legislativas se encuentra su artículo 2. Sin embargo, la Corte IDH, ha señalado que esta obligación: "recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole"²⁴. Para E. Salmón, "es un reflejo del deber de implementación de los tratados internacionales, codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados"²⁵. En consecuencia, esta "norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente"²⁶.

El citado artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), prohíbe al Estado parte "invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Luego, la presencia de una norma en el derecho interno no puede ser un argumento suficiente para dejar de cumplir. Así, por ejemplo, el Estado Chileno no podía invocar como argumento de su incumplimiento el art. 19.12 *in fine* de su Constitución

(Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003), 18.

²¹ No hay que perder de vista el carácter complementario o coadyuvante del SIDH, por tanto, será el Estado quien determine la mejor manera de cumplir sus compromisos internacionales, camino en el que coadyuvan los órganos de protección del Sistema.

²² Medina Quiroga, *La Convención Americana: teoría y Jurisprudencia...*, 18.

²³ Corte IDH, *Sentencia "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, párr. 87.

²⁴ Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A N° 7, párr. 30.

²⁵ Salmón, *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ... 64.

²⁶ Corte IDH, *Sentencia Garrido y Baigorria vs. Argentina, Reparaciones y Costas*, del 27 de agosto de 1998, Serie C N° 39, párr. 68.

Política, para no exhibir la película la "La última tentación de Cristo", por lo mismo, no la invocó ante la Corte y dijo que Chile estaba en vías para que: "de acuerdo al artículo 2 de la Convención y a sus procedimientos constitucionales, se adopten las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir así la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo"²⁷.

El mandato de adoptar medidas legislativas o de otro carácter²⁸ para el Estado parte del Pacto de San José puede provenir también de una sentencia de la Corte IDH o como consecuencia de un Procedimiento de Solución Amistosa, que facilitado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en conformidad con el artículo 48.1, f) de la CADH y 40.1 y 37.4 de su Reglamento, permite a los peticionarios, a las presuntas víctimas y al Estado, antes de la emisión de una decisión de fondo, conseguir una resolución de la controversia fuera de la vía contenciosa, además de permitirle al Estado demostrar su compromiso de respeto y garantía de los derechos humanos y su voluntad de cumplir las obligaciones asumidas en la CADH y otros tratados del SIDH²⁹.

La Corte IDH, ejerciendo su competencia contenciosa y el control de convencionalidad, que los juristas llaman propio o concentrado, luego de verificar la incompatibilidad, ausencia de norma, falta de claridad o precisión de una norma que forma parte de su derecho interno con las disposiciones de la CADH, ordena al Estado parte que adopte medidas legislativas para adecuar su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones del Pacto y de esta manera cumplir con los deberes generales de respeto y garantía de los derechos que éste protege³⁰.

La CIDH, ha jugado un papel central en la protección de los derechos humanos en la Región, primero en el contexto de la acción de las dictaduras cívico militares y luego "propiciando la compensación de los déficits nacionales, fomentando avances en marcos legislativos y políticas públicas en materia de derechos humanos, así como la prevención de retiros y retrocesos en el régimen de protección de

²⁷ Corte IDH, *Sentencia "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...*, párr. 82, g).

²⁸ Estas medidas, según explica Nogueira: "implica que los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales que contempla el ordenamiento estatal, en cuanto órganos del Estado, se encuentran vinculados directa e inmediatamente por los derechos asegurados convencionalmente, más aún cuando el ordenamiento jurídico estatal al ratificar la Convención, la convierte en derecho interno sin que deje de ser simultáneamente derecho internacional". Humberto Nogueira Alcalá, "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 19, (2013): 221-270, 229.

²⁹ Comisión IDH, *Impacto de las Soluciones Amistosas*. Washington DC: OEA/Ser.L/V/II.167 Doc. 31 1 marzo, 2018, párr. 6.

³⁰ Corte IDH, *Sentencia "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...*, párr. 90.

derechos”³¹, evidenciando determinados patrones de violación de derechos humanos.

Los acuerdos de solución amistosa contribuyen a concretizar los fines de la Comisión. Además, han permitido la derogación y reformas de normas contrarias a la Convención, la Declaración Americana y otros instrumentos pertinentes³². Asimismo, las reformas legislativas adoptadas en este contexto, como garantías de no repetición, “ha servido para modificar la situación estructural que sirve de contexto a las violaciones”³³.

Aunque, como advierte Ledezma, existe el peligro que el Estado use este mecanismo para sustraer de la discusión pública asuntos que trasciendan al interés de los peticionarios o utilizarlo con efectos dilatorios³⁴, lo cierto es que es un mecanismo útil para poner en movimiento al Poder Legislativo y su función esencial de asegurar, vía legislativa, el ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas a quienes se encuentran bajo su jurisdicción³⁵.

3.2.- Alcance de la obligación de adoptar medidas legislativas

Pero, ¿qué comprende la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas? Tanto la Corte como la Comisión Interamericana se han pronunciado sobre la actividad que debe realizar el Estado para cumplir con esta obligación.

La Corte IDH, en diversos pronunciamientos ha señalado que esta obligación comprende: a) el deber de suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que: i) entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención; ii) desconozcan los derechos y libertades reconocidos por ella; y iii) obstaculicen el ejercicio de derechos y

³¹ Flávia Piovesan, “Implementación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: propuestas y perspectivas”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri (Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019) 407-477, 410.

³² Comisión IDH, *Impacto de las Soluciones Amistosas...*, párr. 84.

³³ *Ídem*, párr. 188.

³⁴ Ledezma Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales...*, 433.

³⁵ En el caso chileno, no obstante, la oposición de algunos actores que buscaron desconocer la competencia del Estado para firmar un Acuerdo de Solución Amistosa, recurriendo con este fin a la Contraloría General de la República, permitió el impulso de la discusión de la Ley N° 21.400 que reguló, en igualdad de condiciones, el matrimonio de personas del mismo sexo, producto de un acuerdo entre el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh) y el Estado chileno.

libertades reconocidas; y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas y normas conducentes a su efectiva observancia³⁶.

Precisando la forma en que se satisface el deber de suprimir y expedir normas, la Corte IDH explica que suprimir importa: "la reforma, la derogación, o la anulación, de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda"³⁷. Tratándose de la obligación de emitir normas, el Estado debe "prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro"³⁸.

Es importante señalar que la medida de "suprimir" normas, comprende aquellas que, si bien reconocen un derecho, su titular ve obstaculizado su ejercicio, puesto que al no existir reglas especiales termina por constituir una mera declaración, ya que se establecen barreras difíciles de superar³⁹.

Por su parte, la CIDH sostiene que el alcance de esta obligación "implica verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con los instrumentos interamericanos de derechos humanos y sus estándares aplicables."⁴⁰ Toda autoridad pública, en el ámbito de sus competencias, actuando de oficio, debe suprimir las "normas contrarias a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos o bien ajustando su interpretación conforme a dichos instrumentos, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública competente."⁴¹

La ex jueza de la Corte IDH, Cecilia Medina y el profesor Claudio Nash, comentando el alcance de la obligación del artículo 2 de la CADH, han dicho que el Estado debe prevenir que su derecho doméstico no contraríe las disposiciones de los tratados y desarrollar los derechos internacionalmente reconocidos y adoptar medidas legislativas para garantizar el pleno goce de los derechos humanos⁴². Esta obligación tiene una fas positiva, pero también una negativa: "si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la

³⁶ Corte IDH, *Sentencia Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Excepciones Preliminares y Fondo*, del 6 de mayo de 2008, Serie C N° 179, párr. 122

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ En la legislación electoral chilena, se permite que las personas que no militan en un partido político puedan presentar candidaturas a cargos de elección popular, pero los requisitos establecidos para ser electos hacen en la práctica que una candidatura independiente tenga pocas posibilidades de ser exitosa.

⁴⁰ Comisión IDH, *Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos*. Washington DC: OEA/Ser. L/V/II. Doc.11/21, párr. 37.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cecilia Medina Quiroga y Claudio Nash Rojas, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. (Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2007), 28-29.

Convención.”⁴³ Para Bazán, es evidente que “la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades”⁴⁴.

3.3.- Las medidas legislativas como garantía de no repetición de violación de los derechos humanos

Desde su creación, la Corte y la Comisión Interamericana han desarrollado un amplio trabajo de promoción y protección de los derechos humanos, el que ha contribuido a potenciar un Sistema de Protección de carácter colectivo, cuyo aporte sirve a “un proyecto democrático que pone la mirada en grandes conjuntos de personas, sometidas a fuerte presión en virtud de su debilidad personal o su pertenencia a grupos frecuentemente desvalidos”⁴⁵.

Las medidas legislativas, en cuanto garantía de no repetición, se dirigen a “cambiar alguna situación estructural que tiene lugar en el Estado”⁴⁶ y que afecta a un número considerable de personas que enfrentan obstáculos para ejercer sus derechos y libertades, por tanto, estas medidas están destinadas a “evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir, asegurando que en el futuro el Estado cumpla con sus deberes de protección y garantía de los derechos humanos y que adopte las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de tales derechos”⁴⁷. Desde esta perspectiva, el Estado no solo repara en un

⁴³ Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC14/94, del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 33.

⁴⁴ Víctor Bazán, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 19, (2015): 25-70, 47.

⁴⁵ Sergio García Ramírez, “La ‘navegación’ de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri. (Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019) 55-107, 96.

⁴⁶ Pablo Saavedra Alessandri, “Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri. (Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019) 457-502, 468.

⁴⁷ *Ídem*, 469.

caso concreto, sino que su protección impacta en la generalidad de personas.

Por otra parte, cuando el Estado adopta medidas legislativas o de otro carácter para cumplir con sus obligaciones, presta un servicio a los demás Estados que forman parte del SIDH, pues comparten características comunes, es decir, estructuras de desigualdad y discriminación, las que generan severos impactos en los derechos, pues estas legislaciones pueden servir de guía para superar las falencias estructurales "que fueron las que sirvieron de cimiento para que se generara la violación"⁴⁸, al tiempo que se evidencia el carácter colectivo o multilateral del SIDH, que consagra una garantía común de protección.

El catálogo de medidas legislativas ordenadas como garantía de no repetición es amplio⁴⁹. Asimismo, para reparar una violación estructural, la Corte ordena la adopción de políticas públicas o cambios de prácticas, que buscan que "la falencia estructural que permitió o sirvió para que generara la violación sea transformada o desarticulada de manera tal que evite que los hechos de la misma naturaleza vuelvan a ocurrir"⁵⁰. Así, por ejemplo, medidas de este carácter las ha ordenado tratándose de la violencia estructural que afecta a las mujeres⁵¹, a personas de sexualidades diversas⁵², por estado de salud⁵³, personas transgénero⁵⁴, vulnerabilidad de niñas en contexto educativo⁵⁵, trabajo equitativo y satisfactorio, derecho de la niña y el niño⁵⁶, discriminación laboral en razón de la orientación sexual⁵⁷, etc.

⁴⁸ *Ídem*, 470.

⁴⁹ *Ídem*, 469-470.

⁵⁰ *Ídem*, 471.

⁵¹ Corte IDH, *Sentencia González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205, párr. 602, Nos. 12-14, 18-23.

⁵² Corte IDH, *Sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239, párr. 314, No. 5.

⁵³ Corte IDH, *Sentencia Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 23 de agosto de 2018, Serie C N° 359, puntos resolutivos Nos. 13-14.

⁵⁴ Corte IDH, *Sentencia Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 12 de marzo de 2020, Serie C N° 402, párr. 289, Nos. 13-16.

⁵⁵ Corte IDH, *Sentencia Guzmán Albarracín y Otras vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de junio de 2020, Serie C N° 405, párr. 276, Nos. 10-11.

⁵⁶ Corte IDH, *Sentencia Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares v. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 15 de julio de 2020, Serie C N° 407, párr. 318, Nos. 18.

⁵⁷ Corte IDH, *Sentencia Pavez Pavez vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 4 de febrero de 2022, Serie C N° 449, párr. 209, Nos. 8-9.

4.- EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ESTADO

4.1. El control de convencionalidad en el marco del Sistema Interamericano de protección

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados parte en la CADH, la Corte IDH en el año 2006 introdujo en el SIDH el término "control de convencionalidad"⁵⁸ y es quizás una de las aportaciones más controversiales generadas a partir de su jurisprudencia⁵⁹. Con todo, esta doctrina ha contribuido decididamente al ajuste de los ordenamientos jurídicos de la Región y al desarrollo del llamado constitucionalismo transformador, esto es, "el entendimiento del derecho constitucional como un instrumento de cambios profundos"⁶⁰.

Aunque la Corte sólo recién en el 2006 habló de "una especie de control de convencionalidad" en *Almonacid Arellano vs. Chile*, esto no significa que antes no desarrollara esta actividad. Este es un control que viene realizándose desde su entrada en funciones⁶¹. Lo novedoso consiste en que explicita, según sostiene Quispe Remón, que los Estados parte en la Convención Americana "deben en su derecho interno verificar la compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana de excluirlos, modificarlos o convalidarlos"⁶², considerándolo un medio para asegurar la supremacía de las normas del SIDH, pero no un fin en sí mismo⁶³.

⁵⁸ Corte IDH, *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 26 de septiembre de 2006, Serie C Nº 154, párr. 124.

⁵⁹ Pablo Contreras Vásquez y Gonzalo García Pino, *Estudios sobre control de convencionalidad*. (Santiago de Chile: DER Ediciones, 2020), 171.

⁶⁰ Armin von Bogdandy, "El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iusgenerativo extraordinario", en *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri (Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019), 95-126, 99.

⁶¹ Juan Carlos Hitters, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales*, año 7, 2 (2009): 109-128, 110-111.

⁶² Florabel Quispe Remón, *Los derechos humanos en el Sistema Interamericano*. (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018), 71.

⁶³ Mario A.R. Midón, "Acerca de la prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre la Constitución", en *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. por Mario A.R. Midón y comp. por Carlos D. Luque, (Resistencia: Contenido Libros, 2016), 257-267, 257.

El control de convencionalidad es una doctrina de carácter jurisprudencial e inacabada, que ha configurado su contenido en sucesivas sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH. Las juristas Sofía Sagüés y Juana María Ibáñez, identifican diversas etapas que explican su evolución. La primera, idéntica: su génesis (*Almonacid Arellano*, 2006); diagramación de los aspectos procesales (*Trabajadores Cesados del Congreso*, 2006); interpretación conforme (*Rosendo Rodilla Pacheco*, 2009), y termina, extensión a todos los órganos del Estado (*Gelman*, 2011)⁶⁴. Ibáñez, por su parte, distingue tres fases: gestación del término, aparición del concepto y precisiones jurisprudenciales sobre alcance y contenido⁶⁵.

La clasificación hecha por Sagüés e Ibáñez confirman el carácter eminentemente jurisprudencial de esta doctrina, la cual recuerda que, en palabras de Cançado Trindade, la "responsabilidad *primaria* por la observancia de los derechos humanos recae en los Estados, y los propios tratados de derechos humanos atribuyen importantes funciones de protección a los órganos de los Estados"⁶⁶.

Asimismo, hay que considerar que los Estados se constituyen en los principales protectores de los derechos humanos "a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos"⁶⁷.

4.2.- Aspectos generales sobre el control de convencionalidad

4.2.1.- Concepto de control de convencionalidad

La Corte IDH, ha dicho que el control de convencionalidad "ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal"⁶⁸. Su objeto es

⁶⁴ María Sofía Sagüés, "Ius Commune Latinoamericano y Corpus Juris Interamericano ¿Simbiosis u oposición?", en *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. por Mario A.R. Midón y comp. por Carlos D. Luque (Resistencia: Contenido Libros, 2016), 95-124, 103-107.

⁶⁵ Juana María Ibáñez, *El control de convencionalidad* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017), 52-69.

⁶⁶ Antônio Cançado Trindade, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 393. Cursiva en el original.

⁶⁷ Sergio García Ramírez, *Voto Concurrente Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, Serie C Nº 114, párr. 5.

⁶⁸ Corte IDH, Sentencia *Urrutia Laubreaux vs. Chile*, del 27 de agosto de 2020, Serie C Nº 409, párr. 93.

que las disposiciones de la Convención no pierdan eficacia por aplicación de leyes que contradicen su objeto y fin⁶⁹, evitando la responsabilidad internacional del Estado.

El control de convencionalidad, para S. Albanese "constituye una garantía destinada a la aplicación armónica del derecho vigente"⁷⁰, mientras que para Néstor Pedro Sagüés, importa "pensar, interpretar y hacer funcionar todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana"⁷¹, idea resistida por Silva Abbott, porque significa "un cambio radical en las reglas del juego a la que los Estados se comprometieron originalmente, que sobrepasan notablemente las competencias de este tribunal internacional"⁷².

La jurista argentina María Gabriela Ábalos, sostiene que el control de convencionalidad es un "control de compatibilidad entre el texto de una norma nacional, provincial o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública o de particulares; por un lado, con relación al texto de un tratado internacional y/o la interpretación judicial, o consultiva de ese texto realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo coma por el otro"⁷³.

Por lo dicho, vemos que este tipo de control alcanza a todas las normas jurídicas del Estado, con independencia del nivel en que se produzcan y que se extiende a la interpretación de esas normas y a todo acto u omisión, sea de una autoridad pública o bien de particulares⁷⁴.

⁶⁹ Corte IDH, *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, párr. 124.

⁷⁰ Susana Albanese, "El valor de las opiniones consultivas Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. por Mario A.R. Midón y comp. por Carlos D. Luque (Resistencia: Contenido Libros, 2016), 169-177, 169.

⁷¹ Néstor Pedro Sagüés, "Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legiferante de convencionalidad", *Revista Investigações Constitucionais, Curitiba*, vol. 1, 2, mayo-agosto (2014): 23-32, 24.

⁷² Max Silva Abbott, "La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones", en *Una visión crítica del sistema interamericano de derechos humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento*, coord. Por Max Silva Abbott (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 177-216, 183.

⁷³ María Gabriela Ábalos, "Control de constitucionalidad y convencionalidad: su imprescindible armonización", en *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. Mario A.R. Midón y comp. Carlos D. Luque (Resistencia: Contexto Libros, 2016), 125-167, 125.

⁷⁴ La responsabilidad del Estado por hechos de los particulares ha sido declarada en caso *Vera Rojas vs. Chile*. La Corte IDH, respecto de la decisión de la aseguradora de salud (Isapre MasVida) de suspender el régimen de hospitalización domiciliaria de la niña Martina Rojas Vera, sostuvo que los Estados: "tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran" (Corte IDH, *Sentencia Vera Rojas y Otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 1 de octubre de 2021, Serie C N° 439, párr. 85). Asimismo, en el caso *Pavez Pavez vs. Chile*, ante la inhabilitación para ejercer la docencia de religión

El control de convencionalidad, finalmente, como mecanismo ideado para recordar las obligaciones que surgen para el Estado por el hecho de ratificar un tratado, por ejemplo, la Convención Americana, es, según sostiene Midón, “un mecanismo que, en tanto sea razonablemente utilizado, puede coadyuvar a la aplicación ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales”⁷⁵.

4.2.2.- Sujetos obligados al ejercicio del control de convencionalidad

¿Quién está obligado a ejercer el control de convencionalidad?

La Corte IDH, en su *leading case* sobre esta institución dijo que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad”⁷⁶, sentando de esta forma que su ejercicio correspondía a este poder el Estado. Sin embargo, en *Gelman vs. Uruguay* (2011), refiriéndose a lo susceptible de ser decidido por las mayorías en las instancias democráticas, sostuvo que “es función y tarea de *cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*”⁷⁷. En la *Resolución de Supervisión de Cumplimiento del Caso Gelman* (2013), la Corte explicitó que “el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención”⁷⁸.

La evolución de la Corte Interamericana en materia de sujetos obligados a ejercer el control de convencionalidad en *Gelman vs. Uruguay*, en palabras de Bazán, “amplió fuertemente las fronteras operativas del examen convencional”⁷⁹, pues su ejercicio alcanza ahora a las mayorías democráticas, para las cuales “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable”⁸⁰, de donde se sigue que la legitimación de ciertos hechos o actos en una sociedad

católica en una institución pública de Sandra Pavez con base en la orientación sexual, recordó que: “en un Estado de derecho no pueden haber decisiones que afecten derechos humanos, que se encuentren fuera de un control de legitimidad por parte de autoridades estatales. (...) En esos ámbitos, estas decisiones deben poder contar con el debido control estatal y deben respetar los principios y garantías establecidos en la normatividad interna y de la Convención Americana.” (Corte IDH, *Sentencia Pavez Pavez vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 4 de febrero de 2022, Serie C Nº 449, párr. 100).

⁷⁵ Víctor Bazán, “La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado”, en *Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados*, dir. por Víctor Bazán (Buenos Aires: Astrea, 2020), 3-80, 15.

⁷⁶ Corte IDH, *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, párr. 124

⁷⁷ Corte IDH, *Sentencia Gelman vs. Uruguay...*, párr. 239. Cursiva añadida.

⁷⁸ Corte IDH, *Sentencia Gelman vs. Uruguay, Supervisión y cumplimiento de Sentencia*, del 20 de marzo de 2013, párr. 72.

⁷⁹ Bazán, “La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado” ..., 20.

⁸⁰ Corte IDH, *Sentencia Gelman vs. Uruguay...*, párr. 239.

democrática necesariamente deben ajustarse a sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos, considerando además que la "existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos"⁸¹.

Para García Ramírez, es "imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes"⁸², de manera que una vez fijado el estándar en una materia "éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte"⁸³. Además, es preciso considerar que la responsabilidad por violación de los derechos humanos "atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno"⁸⁴.

Dentro de esta lógica, al Legislativo también le corresponde ejercer el control de convencionalidad. Esto queda de manifiesto en el párrafo 123 del fallo *Almonacid Arellano* al decir: "cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma"⁸⁵.

En el párrafo 123 de la Sentencia *Almonacid Arellano* se observa claramente el rol que corresponde al Poder Legislativo en materia de respeto y garantía de los derechos humanos. Su principal función, esto es, emitir las normas que forman parte del ordenamiento jurídico, tiene por una parte "la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular"⁸⁶, y por otra, la de "suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana"⁸⁷, que nace del artículo 2 de la misma. Pero, ¿qué sucede si falla en sus tareas? El Poder Judicial o cualquiera otra autoridad pública, actuando "ex officio (...) evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² García Ramírez, *Voto Concurrente Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador...*, párr. 5.

⁸³ Sergio García Ramírez, *Voto Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, Serie C Nº 158, párr. 6.

⁸⁴ Sergio García Ramírez, *Voto Concurrente Razonado a la Sentencia del Caso Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003, Serie C Nº 101, párr. 27.

⁸⁵ Corte IDH, *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, párr. 123. Cursiva añadida.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

regulaciones procesales correspondientes⁸⁸, debe ejercer un efectivo control de convencionalidad.

Asimismo, se debe recordar que el Estado "por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, *todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas*, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado"⁸⁹; por tanto, deben "ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto *en la emisión y aplicación de normas*, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención"⁹⁰. Para N. P. Sagüés, esta obligación alcanza al legislador constituyente, al legislador común, a las Cámaras Legislativas al dictar sus propias normas, al Ejecutivo y otros organismos con funciones legiferantes⁹¹.

4.2.3.- Parámetros del ejercicio del control de convencionalidad

La Corte IDH, a partir de *Almonacid Arellano vs. Chile* viene diciendo que el Poder Judicial y en general aquellos órganos que ejercer jurisdicción o forman parte de la administración de justicia, y toda autoridad pública, deben ejercer un control de convencionalidad "entre las normas jurídicas internas (...) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana"⁹².

El parámetro de control, según lo dicho por la Corte, está delimitado por las normas del derecho interno, actos u omisiones del Estado, la Convención Americana y su jurisprudencia. Pero, ¿sólo se debe considerar la CADH como parámetro de control?, y ¿qué jurisprudencia, sólo la jurisprudencia condenatoria del Estado?

Aunque la Corte IDH, al configurar el control de convencionalidad se refiere expresamente a la Convención Americana como parámetro de control, esto sería una consecuencia lógica, puesto que de ella nace su competencia para conocer aquellos asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos del Estado parte⁹³. Con todo, se puede concluir que la referencia expresa al Pacto de San José es un ejemplo, pues el Estado al ratificar un tratado asumen las obligaciones

⁸⁸ Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros), vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158, párr. 128.

⁸⁹ Corte IDH, *Sentencia Gelman vs. Uruguay, Supervisión y cumplimiento de Sentencia...*, párr. 69. Cursiva añadida.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Sagüés, "Nuevas fronteras del control de convencionalidad...", 26.

⁹² Corte IDH, *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, párr. 124.

⁹³ Midón, "Acerca de la prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre la Constitución" ..., 263.

que nacen de los mismos y se aplicaría esta doctrina en relación a todo tratado⁹⁴.

García Ramírez refiriéndose a este punto, tempranamente advirtió que “la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus *juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado”⁹⁵, su objetivo es que exista “conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”⁹⁶.

Una cuestión controvertida, incluso para los integrantes de la Corte IDH, es aquella relativa a su jurisprudencia como parámetro de control de convencionalidad, pues ella se declara intérprete última del Pacto⁹⁷. ¿Son obligatorios para el Estado parte aquellos pronunciamientos de la Corte en asuntos en que éste no es parte en sentido procesal?

En la *Resolución Supervisión y Cumplimiento de Gelman vs. Uruguay* (2013), la Corte IDH distingue dos manifestaciones del control de convencionalidad “dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no”⁹⁸. Tratándose de aquellos casos en que existe una sentencia internacional condenatoria de un Estado que ha sido parte en un caso sometido a la jurisdicción: “todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal”⁹⁹, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la CADH.

En aquellos casos en que el Estado no ha sido parte en el proceso internacional donde se estableció determinada jurisprudencia, la Corte sostiene que por ser parte de la CADH: “todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado”¹⁰⁰, debiendo ejercer un control de convencionalidad tanto en la emisión de las normas, es decir, en aquel proceso establecido en la Constitución Política del Estado y en sus leyes infra constitucionales para incorporar, modificar, derogar,

⁹⁴ Néstor Pedro Sagüés, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, *Estudios Constitucionales*, año 8, 1 (2010): 117-136, 126.

⁹⁵ Sergio García Ramírez, *Voto Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú...*, párr. 2.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Corte IDH, *Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile...*, párr. 124.

⁹⁸ Corte IDH, *Sentencia Gelman vs. Uruguay, Supervisión y cumplimiento de Sentencia...*, párr. 67.

⁹⁹ *Ídem*, párr. 68.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

sustituir, aquellas normas que forman parte del derecho interno, y la aplicación de dichas normas¹⁰¹.

En este último caso, según explica Midón, la vinculación del fallo se produce sólo respecto de parte que interpreta la norma convencional y no respecto de su totalidad. De esa manera, "la eficacia interpretativa es relativa, en la medida en que se produce, siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional"¹⁰², pues nada impide que los Estados consagren garantías mayores a las mínimas establecidas por el tratado.

Con todo, Vio Grossi se manifiesta en contra del efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte IDH. Con base en el artículo 68 del Pacto, sostiene que el control de convencionalidad no es obligatorio "para otros casos que le sean sometidos referentes al mismo Estado ni tampoco para los demás Estados Partes de la Convención que han aceptado su jurisdicción pero que no han sido partes del caso de que se trate"¹⁰³, puesto que "[n]orma internacional alguna dispone que la sentencia de la Corte tenga efectos vinculantes más allá del Estado Parte del correspondiente caso o incluso de éste"¹⁰⁴.

Y, ¿Qué sucede con las Opiniones Consultivas? Tratándose de las opiniones consultivas como parámetro del control de convencionalidad, Bazán les atribuye carácter vinculante, pese a no ser sentencias jurisdiccionales. Ellas, dice Bazán, "son el resultado de la labor hermenéutica de esta en tanto intérprete final de la convención fundadora de la jurisdicción americana"¹⁰⁵ e importan "la proyección de sus interpretaciones en el ámbito interno"¹⁰⁶.

N.P. Sagüés, afirma que la tarea consultiva "no implica estrictamente una función jurisdiccional, pero que se emite con un mecanismo que guarda ciertas y significativas similitudes con las decisiones típicamente jurisdiccionales del tribunal"¹⁰⁷. Asimismo, dirá

¹⁰¹ *Ídem*, párr. 69.

¹⁰² Bazán, "La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado" ..., 40.

¹⁰³ Eduardo Vio Grossi, *Voto Individual a la Opinión Consultiva Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24, párr. 165.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Bazán, "La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado" ..., 38.

¹⁰⁶ Albanese, "El valor de las opiniones consultivas Corte Interamericana de Derechos Humanos" ..., 176.

¹⁰⁷ Néstor Pedro Sagüés, "Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad", *Revista Ius et Veritas*, 50, Julio (2015): 292-297, 296.

Sagüés que “no interesa mayormente la vía por la que la Corte ha interpretado, sino el producto interpretativo al que ha arribado”¹⁰⁸.

En la Opinión Consultiva 21/2014, la Corte IDH sostuvo la necesidad de que “los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos”¹⁰⁹. Por tanto, como parámetro de control tienen por objeto “coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales”¹¹⁰.

En resumen, el parámetro de control de convencionalidad está delimitado por las normas que forman parte del *corpus iuris* interamericano, y por la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte IDH, en cuanto fijan la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José.

5.- OBLIGATORIEDAD Y SUPREMACÍA DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El control de convencionalidad pese no estar consagrado expresamente en el Pacto de San José¹¹¹, su matriz fundante “debe buscarse, particular pero no exclusivamente, en los arts. 1, 2 y 29 de la CADH y el 26, 27 y 31.1 de la CVDT.”¹¹² Nash, observa que es importante determinar el fundamento del control de convencionalidad, pues la ausencia de su ejercicio puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, y que su fundamento emana “de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.”¹¹³.

Para Juana María Ibáñez, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en la “estructura orgánica y normativa del Sistema Interamericano, regida transversalmente por el principio de subsidiariedad, [que] da cuenta de obligaciones generales que vinculan a los Estado”¹¹⁴. En efecto, los Estados deben adoptar todas aquellas medidas destinadas a asegurar el respeto, protección y promoción de

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ídem*, 297.

¹⁰⁹ Corte IDH, *Derecho y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección*, Opinión Consultiva OC N° 21/2014, del 19 de agosto del 2014, Serie A N° 21, párr. 31.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Silva Abbott, “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones” ..., 184.

¹¹² Bazán, “La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado” ..., 25.

¹¹³ Claudio Nash Rojas, *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación* (México: Editorial Porrúa, 2015), 193.

¹¹⁴ Ibáñez, *El control de convencionalidad...*, 27-28.

los derechos humanos, por tanto, el control de convencionalidad es “la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (arts. 1.2)”¹¹⁵. Luego, se puede decir que el fundamento de este control está en la “compleja interacción entre el derecho interno y el derecho internacional de los tratados”¹¹⁶.

Por lo dicho, el control de convencionalidad no constituye una nueva obligación a las asumidas al ratificar un tratado. Sin embargo, para Contreras y García “impone nuevos deberes a los órganos estatales internos”¹¹⁷, reduciendo “el margen de discreción en la determinación de las garantías, restricciones y cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos”¹¹⁸.

La opinión de Contreras y García, sin embargo, no toma en cuenta que el control de convencionalidad puede ser visto como, según sostiene Jorge Roa, “el mecanismo institucional interamericano de solución de antinomias (MIISA)”¹¹⁹. Luego, “ante la imposibilidad de realizar una interpretación conforme, las autoridades nacionales tienen el deber de inaplicar o invalidar (según los poderes asignados por el ordenamiento nacional) las normas internas contrarias al parámetro de control de convencionalidad”¹²⁰, ya que todos los órganos del Estado, como ya se ha dicho, se encuentran obligados por el tratado.

Siguiendo a Roa, el Poder Legislativo al establecer una norma, o bien cuando ya se encuentra en el derecho interno del Estado, deberá ajustarla a las disposiciones del *corpus iuris* interamericano, no por una nueva obligación que emana del control de convencionalidad, sino más bien, porque constituye, como dice Castilla Juárez, “la especificación de las distintas obligaciones internacionales adquiridas al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹²¹. En el fondo, el control de convencionalidad busca garantizar el cumplimiento de los tratados en el ámbito interno, en tal sentido puede entenderse como garantía no solo de los tratados interamericanos sino también de aquellos que integran el sistema universal de protección¹²².

¹¹⁵ Nash Rojas, *Control de convencionalidad...*, 194.

¹¹⁶ Ibáñez, *El control de convencionalidad...*, 8.

¹¹⁷ Contreras Vásquez y García Pino, *Estudios sobre control de convencionalidad...*, 172.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Jorge Ernesto Roa, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015), 137.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Karlos Castilla Juárez, “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Revista Derecho del Estado*, 33 (2014): 149-172, 162.

¹²² Karlos Castilla Juárez. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII (2013): 51-97, 95.

Ahora bien, ¿la obligación de ejercer en el ámbito interno un control de convencionalidad importa la supremacía de Convención Americana? La Corte IDH, cuando ha ordenado la reforma del ordenamiento jurídico interno del Estado, en el ejercicio de su competencia y en conformidad al artículo 2 del Pacto de San José en relación con el artículo 1.1 del mismo, normalmente lo hace respecto de normas infra constitucionales.

Con todo en el fallo "*La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*", la Corte ordenó al Estado "*modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa*"¹²³. Este mandato no tenía nada de extraño, salvo que la norma a modificar estaba prevista en el artículo 19 N° 12 de Constitución Política, por tanto, implicaba que la Convención estaba, por decirlo de algún modo, por sobre la Constitución.

Explicando este punto, el entonces juez de la Corte IDH Antônio Cançado Trindade, sostuvo que "la propia existencia y aplicabilidad de una norma de derecho interno (sea infraconstitucional o constitucional) pueden *per se* comprometer la responsabilidad estatal bajo un tratado de derechos humanos"¹²⁴; por tanto, la responsabilidad del Estado puede tener lugar "por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana"¹²⁵, incluso de aquellos que emanan del Órgano encargado de ejercer el poder constituyente.

Nogueira, explica el poder de la Corte IDH para ordenar la reforma de cualquier norma, diciendo que: "Al ratificar la CADH como también otros tratados sobre derechos humanos, el Estado, en el ejercicio de su potestad pública soberana ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior al mismo, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana"¹²⁶. En consecuencia, la Corte cumple un mandato del Estado parte en la CADH, que se otorga en el acto de ratificación del tratado, ello importa "reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de tales derechos"¹²⁷.

Por lo dicho, cualquier acto u omisión, sea del Poder Legislativo, Ejecutivo o el Judicial, con independencia de su jerarquía puede generar responsabilidad para el Estado. En la misma situación se

¹²³ Corte IDH, *Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos) vs. Chile*, ..., párr. 103, N° 4. Cursiva añadida.

¹²⁴ Antônio Cançado Trindade, *Voto concurrente a la Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, del 5 de febrero del 2001, Serie C N° 173, párr. 14.

¹²⁵ Corte IDH, *Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos) vs. Chile* ..., párr. 72.

¹²⁶ Nogueira Alcalá, "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional...", 227.

¹²⁷ *Ibidem*.

encuentra cualquier norma del derecho interno, con independencia de su rango, por su propia existencia y aplicabilidad¹²⁸.

En un intenso debate, el Congreso Nacional Chileno aprobó la Ley N° 19.742, de 2001, de "Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el libre derecho a la producción artística", cumpliendo así el mandato de la Corte IDH¹²⁹.

6.- LA CONVENCION CONSTITUCIONAL CHILENA Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Siendo el control de convencionalidad una "obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención"¹³⁰, la Convención Constitucional Chilena, que se autodefinió como "una asamblea representativa, paritaria y plurinacional, de carácter autónomo, convocada por el pueblo de Chile para ejercer el poder constituyente originario"¹³¹, también está obligada a su ejercicio.

En la etapa de discusión de las disposiciones de carácter reglamentario, la Comisión Provisoria de Derechos Humanos de la Convención Constitucional, señaló que la Comisión Permanente que debía continuar su trabajo, tendría como objetivo elaborar "un sistema integral de derechos y garantías, acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ambientales y de la Naturaleza"¹³². Para alcanzar su objetivo debía contemplar, entre otros, mecanismos, procedimientos de interpretación y de control de convencionalidad¹³³, constituyendo un principio básico a observar por la Comisión Permanente¹³⁴, ya que: "Todo órgano del Estado, cualquiera sea su

¹²⁸ Cançado Trindade, *Voto concurrente a la Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile...*, párr. 40.

¹²⁹ Una situación semejante se planteó en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*: el artículo 26 de su Constitución Política contenía una "cláusula de exclusión" que no permitía la revisión de la constitucionalidad de leyes anteriores a su promulgación. El artículo 2 de la Ley de Delitos Contra las Personas (LDPC), establecía la pena capital en el caso de delito de homicidio, pero como la LDPC había entrado en vigor en 1866, se le aplicaba la "cláusula de exclusión. La Corte, dispuso que Barbados adoptara las medidas legislativas necesarias para que su Constitución y su legislación infraconstitucional cumpliera con la CADH y eliminar el efecto del artículo 26 de la Carta Fundamental en relación a la inimpugnabilidad de las "leyes existentes". Corte IDH, *Sentencia Boyce y otros vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 20 de noviembre de 2007, Serie N° 169, párr. 138, N° 8.

¹³⁰ Corte IDH, *Sentencia Urrutia Laubreaux vs. Chile...*, párr. 93.

¹³¹ Convención Constitucional (Chile), *Reglamento General de la Convención Constitucional*, acceso el 2 de mayo de 2022 <https://bit.ly/3ya6WCq>, art. 1.

¹³² Convención Constitucional (Chile), Comisión de Derechos Humanos, "Propuesta de la Comisión de Derechos Humanos, Verdad Histórica, Bases para la Justicia, Reparación y Garantía de no Repetición para la Comisión de Reglamento de la Convención Constitucional", acceso el 2 de mayo de 2022 <https://bit.ly/37n8zBe>, N° 1.2.

¹³³ *Ídem*, N° 1.2, g).

¹³⁴ *Ídem*, N° 1.3, d).

naturaleza y sin distinción alguna, debe velar por el cumplimiento de las obligaciones emanadas del sistema interamericano de Derechos Humanos”¹³⁵.

Para garantizar la protección integral de los derechos humanos en la nueva Carta Fundamental, acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el control de convencionalidad es considerado como una herramienta para alcanzar este fin e incluso se propone que la Coordinación de Transversalización, definida como el “órgano colegiado de la Convención Constitucional encargado de velar por el ejercicio del control de convencionalidad del trabajo de las comisiones permanentes”¹³⁶, sea quien garantice su ejercicio en las instancias de discusión del contenido de la Propuesta de Constitución.

La propuesta de la Comisión de Derechos Humanos, para asegurar en ejercicio del control de convencionalidad, se aparta claramente de la opinión de Contreras y García, en el sentido que la Corte IDH “no puede pretender que ciertas autoridades – como lo son los órganos políticos – efectúen el control de validez de norma o realicen interpretaciones conforme al estándar americano”¹³⁷, pues esta Comisión busca precisamente asegurar el ejercicio efectivo de ese control.

La etapa de redacción de las normas reglamentarias de la Convención Constitucional, destinadas a regular el funcionamiento y competencias de las comisiones permanentes, existe, como se observa, una referencia expresa al ejercicio del control de convencionalidad, lo que implica el reconocimiento, en el proceso en que se configuran “todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público”¹³⁸, de una institución jurisprudencial creada por la Corte IDH. Siendo así, se puede sostener que: “un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional”¹³⁹.

Con todo, el ejercicio del control de convencionalidad, se evidencia en la forma en la Convención Constitucional asume su obligación de respetar y garantizar los derechos y las libertades fundamentales: i) establece como principio rector la preeminencia de los derechos humanos¹⁴⁰; ii) asegura la participación de los colectivos históricamente excluidos, indicando con precisión el instrumento

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ídem*, N° 3.2.

¹³⁷ Contreras Vásquez y García Pino, *Estudios sobre control de convencionalidad...*, 183.

¹³⁸ Corte IDH, Sentencia *Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, párr. 166.

¹³⁹ Corte IDH, Sentencia *Urrutia Laubreaux vs. Chile...*, párr. 93.

¹⁴⁰ Convención Constitucional (Chile), *Reglamento General...*, art. 3, a).

internacional a considerar¹⁴¹; y iii) estable como requisito de admisibilidad de una Iniciativa Popular de Norma, el respeto de los tratados ratificados y vigentes en materia de derechos humanos¹⁴². Asimismo, encarga a la Comisión de Enlaces Transversales: "transversalizar los enfoques de derechos humanos, género, inclusión, plurinacionalidad, socioecológico y descentralización en el proceso de la discusión constituyente"¹⁴³.

La protección multinivel de los derechos humanos que caracteriza al SIDH, tiene una conexión estrecha con la voluntad de las legisladoras y los legisladores (en este caso de las y los convencionales constituyentes) de observar los compromisos asumidos por el Estado en la materia, pues garantizar "que los individuos puedan usar y gozar sus derechos humanos es una responsabilidad primaria de los Estados, que son los que están en mejor posición para asegurarles que ello pueda suceder de manera cotidiana e inmediata."¹⁴⁴ Esta obligación comprende incluso a quienes ejercen el poder constituyente originario, quien "debe respetar los principios imperativos del derecho internacional, su vinculatoriedad por el derecho convencional internacional ratificado y vigente y la salvaguarda de los derechos fundamentales"¹⁴⁵.

En este sentido, hay que decir, como advierte Sagüés, que la "constitución no es ella sola, sino que se encuentra "convencionalizada", es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos"¹⁴⁶, aspecto que recogen las y los integrantes de la Convención Constitucional Chilena en el diseño de las normas reglamentarias y en el ejercicio de su mandato popular.

En consecuencia, quien tiene como principal función emitir normas jurídicas, particularmente aquellas de rango constitucional, debe tener presente los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos, con independencia de las legítimas posturas políticas, asumidos al ratificar, en forma soberana, un tratado internacional, ajustando su legislación interna al tratado, ya que se trata de una obligación central para hacer efectivos los derechos, sin olvidar que la Constitución Política, como dice la Corte IDH en *Olmedo*

¹⁴¹ Convención Constitucional (Chile), *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente*, acceso el 2 de mayo de 2022, <https://bit.ly/3vY1aRN> arts. 51-84.

¹⁴² *Ídem*, art. 33.

¹⁴³ Convención Constitucional (Chile), *Reglamento General...*, art. 90.

¹⁴⁴ Medina Quiroga y Nash Rojas, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, 20.

¹⁴⁵ Humberto Nogueira Alcalá, "Poder Constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad", *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 36, enero-junio (2017): 327-349, 328.

¹⁴⁶ Sagüés, "Nuevas fronteras del control de convencionalidad...", 25.

*Bustos vs. Chile: "determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial."*¹⁴⁷

7.- CONSIDERACIONES FINALES

Las transformaciones profundas que plantea el nuevo Pacto Social chileno requieren del compromiso de todos los órganos del Estado. En este contexto, el control de convencionalidad se perfila como un instrumento idóneo para asegurar el respeto y garantía de los derechos humanos, los que constituyen el fundamento del actuar del Estado, tal como dispone el artículo que la Convención Constitucional espera sea aprobado por la ciudadanía.

La obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter por mandato del artículo 2 de la CADH, no ha sido correctamente aquilatada por quien tiene como principal función emitir normas jurídicas, por lo mismo, el proceso de formación de las leyes debe ser el eje central para cumplir con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos en sede legislativa.

El Legislativo posee un lugar privilegiado en materia de protección de los derechos humanos: no solo tiene una función exclusiva en el marco del Sistema interamericano de Derechos Humanos, sino que puede por propia iniciativa establecer estándares mayores de protección de derechos humanos e incluso volver sobre sus normas para adaptarlas a la evolución de los estándares internacionales, al tiempo que puede ser una guía para el resto de los Estados que forman el Sistema Interamericano.

Para cumplir con su tarea, los legisladores y las legisladoras tienen a su disposición la institución llamada: "control de convencionalidad", el que más allá de las disputas académicas, forma parte de la impronta transformadora de la Corte IDH, que busca superar los patrones de violación de derechos humanos en la Región. El control de convencionalidad en sede legislativa es de carácter preventivo (al dictar normas) y represivo (respecto de aquellas normas que se encuentran ya en el ordenamiento jurídico).

Asimismo, parece muy prometedor la mención expresa al control de convencionalidad hecha en la Convención Constitucional en el proceso de elaboración de sus normas reglamentarias. Esto importa que en el centro del debate está la preocupación por el respeto y garantía efectiva de las obligaciones internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos, a cuyo cumplimiento contribuye decididamente la institución en comento.

En su diseño institucional, la Convención Constitucional, puso en el centro los derechos humanos. Este es un modelo para tener en consideración por las legisladoras y los legisladores, en cuanto su

¹⁴⁷ Corte IDH, *Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos) vs. Chile, ...*, párr. 72. Cursiva añadida.

función se debe vincular necesariamente con los compromisos del Estado en materia de derechos humanos, en el marco de las legítimas diferencias políticas en un Estado Democrático. De esta manera, podrá asumir el desafío que les asigna la Convención Americana: transformar la legislación del Estado para hacerla protectora de la dignidad humana, especialmente de quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

8.- BIBLIOGRAFÍA

Libros, artículos y documentos

- Albanese, Susana. "El valor de las opiniones consultivas Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. por Mario A.R. Midón y comp. por Carlos D. Luque, 169-177. Resistencia: Contenido Libros, 2016.
- Ábalos, María Gabriela. "Control de constitucionalidad y convencionalidad: su imprescindible armonización". En *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. Mario A.R. Midón y comp. Carlos D. Luque, 125-167. Resistencia: Contexto Libros, 2016.
- Bazán, Víctor. "La fiscalización convencional y su potencialidad para proteger derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado". En *Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados*, dirigido por Víctor Bazán, 3-80. Buenos Aires: Astrea, 2020.
- Bazán, Víctor. "El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 19 (2015): 25-70.
- Bogdandy, von Armin. "El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iusgenerativo extraordinario". En *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer MacGregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri, 95-126. Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- Cançado Trindade, Antônio. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

- Castilla Juárez, Karlos. "Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional", *Revista Derecho del Estado* 33 (2014): 149-172.
- Castilla Juárez, Karlos. "¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII (2013): 51-97.
- Comisión IDH, *Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos*. Washington DC: OEA/Ser. L/V/II. Doc.11/21, 2021.
- Comisión IDH, *Impacto de las Soluciones Amistosas*. Washington DC: OEA/Ser. L/V/II.167 Doc. 31, 1 marzo, 2018.
- Contreras Vásquez, Pablo y García Pino, Gonzalo. *Estudios sobre control de convencionalidad*. Santiago de Chile: DER Ediciones, 2020.
- Convención Constitucional (Chile), Comisión de Derechos Humanos, "Propuesta de la Comisión de Derechos Humanos, Verdad Histórica, Bases para la Justicia, Reparación y Garantía de no Repetición para la Comisión de Reglamento de la Convención Constitucional. Disponible en: <https://bit.ly/37n8zBe>.
- Convención Constitucional (Chile), Consolidado de Normas aprobadas para la Propuesta de Constitucional por el Pleno de la Convención (al 21 de marzo de 2022). Disponible en: <https://bit.ly/3s4rUPh>.
- Convención Constitucional (Chile, *Reglamento General de la Convención Constitucional*. Disponible en: <https://bit.ly/3y6kU8d>.
- Convención Constitucional (Chile), *Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente*. Disponible en: <https://bit.ly/3kwwu4I>.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Pelayo Möller, Carlos. "Capítulo I Enumeración de Deberes". En *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*, 2ª ed., editado por Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs, 31-105. Bogotá Colombia: Konrad Adenauer Stiftung, 2019.
- García Ramírez, Sergio. "La 'navegación' de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*". En *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri, 55-107. Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- Hitters, Juan Carlos. "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte

- Interamericana de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales*, año 7, 2 (2009): 109-128.
- Ibáñez, Juana María. *El control de convencionalidad*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017.
- Ledezma Faúndez, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- Medina Quiroga, Cecilia, y Claudio Nash Rojas. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2007.
- Medina Quiroga, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y Jurisprudencia: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003.
- Midón, Mario A.R. "Acerca de la prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre la Constitución". En *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. por Mario A.R. Midón y comp. por Carlos D. Luque, 257-267. Resistencia: Contenido Libros, 2016.
- Nash Rojas, Claudio. *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación*. México: Editorial Porrúa, 2015.
- Nogueira Alcalá, Humberto, y Aguilera Cavallo, Gonzalo. *Control de convencionalidad interno: la aplicación del corpus iuris interamericano por los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial las jurisdicciones nacionales*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2018.
- Nogueira Alcalá, Humberto. "Poder Constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad". *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 36, enero-junio (2017): 327-349.
- Nogueira Alcalá, Humberto. "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 19, (2013): 221-270.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- Piovesan, Flavia. "Implementación de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: propuestas y perspectivas". En *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri, 407-477. Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho

- Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- Quispe Remón, Florabel. *Los derechos humanos en el Sistema Interamericano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- Roa Roa, Jorge Ernesto. *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2015.
- Saavedra Alessandri, Pablo. "Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, ed. por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri, 457-502. Querétaro: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.
- Sagüés, María Sofía. "Ius Commune Latinoamericano y Corpus Juris Interamericano ¿Simbiosis u oposición?, en *Derechos Humanos y control de convencionalidad*, dir. por Mario A.R. Midón y comp. por Carlos D. Luque, 95-124. Resistencia: Contenido Libros, 2016.
- Sagüés, Néstor Pedro. "Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad". *Revista Ius et Veritas*, 50, Julio (2015): 292-297.
- Sagüés, Néstor Pedro. "Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad", *Revista Investigações Constitucionais, Curitiba*, vol. 1, 2, mayo-agosto (2014): 23-32.
- Sagüés, Néstor Pedro. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, *Estudios Constitucionales*, año 8, 1 (2010): 117-136.
- Silva Abbott, Max. "La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones". En *Una visión crítica del sistema interamericano de derechos humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento*, coord. por Max Silva Abbott, 177-216. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Salmón, Elizabeth. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2020.

Votos particulares

- Cançado Trindade, Antônio. *Voto concurrente a la Sentencia "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, del 5 de febrero del 2001, Serie C N° 173.
- García Ramírez, Sergio. *Voto Concurrente Razonado a la Sentencia del Caso Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101.
- García Ramírez, Sergio. *Voto Concurrente Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114.
- García Ramírez, Sergio. *Voto Razonado a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158.
- Gross Espiell, Héctor. *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A N° 7, Opinión Separa del Juez Héctor Gross Espiell.
- Piza Escalante Rodolfo, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A N° 7. Opinión Separa del Juez Rodolfo E. Piza Escalante.
- Vio Grossi, Eduardo. *Voto Individual a la Opinión Consultiva Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24.

Sentencias y Opiniones Consultivas de la Corte IDH

- La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6.
- Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, Serie A N° 7.
- Sentencia Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo*, del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4.
- Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 de la Convención*

- Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC14/94, del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14.
- Sentencia Garrido y Baigorria vs. Argentina, Reparaciones y Costas*, del 27 de agosto de 1998, Serie C N° 39.
- Sentencia "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73.
- Sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.
- Sentencia Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros), vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 15.
- Corte IDH, *Sentencia Boyce y otros vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 20 de noviembre de 2007, Serie N° 169.
- Sentencia Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Excepciones Preliminares y Fondo*, del 6 de mayo de 2008, Serie C N° 179.
- Sentencia González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205.
- Sentencia Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239.
- Derecho y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección*, Opinión Consultiva OC N° 21/2014, del 19 de agosto del 2014, Serie A N° 21.
- Sentencia Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 23 de agosto de 2018, Serie C N° 359.
- Sentencia Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 12 de marzo de 2020, Serie C N° 402.
- Sentencia Guzmán Albarracín y Otras vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24 de junio de 2020, Serie C N° 405.
- Sentencia Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares v. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 15 de julio de 2020, Serie C N° 407.
- Sentencia Urrutia Laubreaux vs. Chile*, del 27 de agosto de 2020, Serie C N° 409.
- Sentencia Vera Rojas y Otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 1 de octubre de 2021, Serie C N° 439.
- Sentencia Pavez Pavez vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 4 de febrero de 2022, Serie C N° 449.