

Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”
Curso académico 2019-2020

Trabajo Fin de Máster

**“El Control de Convencionalidad de la
función Legislativa a la luz de la
jurisprudencia de la Corte
Interamericana de Derechos Humanos”**

Jaime Luis Rojas Castillo

Tutora

Dra. Florabel Quispe Remón

Lectura Online, 21 de Julio de 2020

DETECCIÓN DEL PLAGIO

La Universidad utiliza el programa **Turnitin Feedback Studio** para comparar la originalidad del trabajo entregado por cada estudiante con millones de recursos electrónicos y detecta aquellas partes del texto copiadas y pegadas. Copiar o plagiar en un TFM es considerado una **Falta Grave**, y puede conllevar la expulsión definitiva de la Universidad.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**

RESUMEN: El presente trabajo analiza el control de convencionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Determina su concepto, características y alcance; y plantea su obligatoriedad para el Poder Legislativo en el ejercicio de la función legislativa, en el marco de las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación normativa establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, aborda los principales aspectos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sus órganos de protección y resoluciones. Finalmente, analiza el alcance del control de convencionalidad por parte del Poder Legislativo chileno y cómo este puede jugar un rol fundamental en la protección de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVES: Derechos Humanos, Convención Americana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, Control de Convencionalidad Legislativo, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Congreso Nacional, Función Legislativa, Formación de la Ley.

ABSTRACT: This paper analyzes the conventionality control in light of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on the subject; determines its concept, scope and characteristics; and raises its obligation for the Legislature in the exercise of the legislative function in the context of the general obligations to respect, guarantee and adequacy regulations established in the American Convention on Human Rights. In addition, it addresses the main aspects of the Inter-American Human Rights System, its protection organs and resolutions. Finally, it analyzes the scope of the control of conventionality by the Chilean legislative branch and how it can play a fundamental role in the protection of human rights.

KEYWORDS: Human Rights, American Convention, Inter-American Court of Human Rights, Control of Conventionality, Control of Legislative Conventionality, Legislative Power, Executive Power, National Congress, Legislative Function, Formation of the Law.

*A María Claudia García Iruretagoyena...
y en ella a todas las mujeres que han
sufrido a causa de la violación
de sus derechos y libertades.*

“...El sentido de la palabra **leyes** dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen.

En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal...” (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).

ÍNDICE

ÍNDICE	4
ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	10
PRIMERA PARTE	16
EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	16
CAPÍTULO I: EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS OBLIGACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	16
1. Aspectos generales del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	16
1.1. Antecedentes y concepto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	16
1.2. La formación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	17
1.2.1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde una perspectiva histórica	18
1.2.2. Análisis del Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde una perspectiva normativa	20
1.3. Los órganos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	22
1.3.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: órgano jurídico político de protección del sistema interamericano	22
1.3.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: órgano judicial del sistema interamericano	24

1.4. La competencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	25
2. La obligación de respeto y garantía de los derechos y libertades en la Convención Americana sobre Derechos Humanos	28
2.1. Marco normativo de la obligación de respeto y garantía en Convención Americana sobre Derechos Humanos	28
2.2. Contenido de la obligación de respetar los derechos y las libertades por parte de los Estados	30
2.3. Contenido de la obligación de garantizar los derechos y las libertades por parte de los Estados	32
3. El deber de adoptar disposiciones de Derecho interno en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	35
3.1. La obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno en la Convención Americana sobre Derechos Humanos	36
3.2. Contenido de la obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno en la jurisprudencia del Corte Interamericana	39
4. Las medidas de otro carácter como complemento de las disposiciones legislativas	42
5. Los Derechos Humanos como límite al poder de las mayorías democráticas	45

CAPÍTULO II: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....

1. La doctrina del Control de Convencionalidad en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	50
2. El origen del Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	54
3. Evolución de la doctrina del Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	57
4. El concepto y fundamento del ejercicio del Control de Convencionalidad	62
4.1. Diversas aproximaciones sobre el concepto de Control de Convencionalidad	62
4.2. El fundamento del control de convencionalidad y su importancia	64

5. La fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	66
6. La doctrina y su visión crítica sobre el Control de Convencionalidad.....	70
SEGUNDA PARTE	75
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS Y LIBERTADES RECONOCIDOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	75
CAPÍTULO III: EL LEGISLADOR FRENTE A LA DOCTRINA DE LA CORTE INTERAMERICA SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	75
1. El rol del Legislador en el marco de la doctrina del Control de Convencionalidad	75
2. La obligatoriedad del Control de Convencionalidad en la función legislativa ...	78
2.1. Aspectos generales sobre la obligatoriedad del Control de Convencionalidad	78
2.2. Obligtoriedad del Control de Convencionalidad a partir de la Resolución de Supervisión y Cumplimiento de Sentencia del Caso Gelman.....	81
3. Alcance del control de convencionalidad legislativo: del Poder Constituyente a la Asamblea Legislativa	84
3.1. Consideraciones generales sobre el Control de Convencionalidad legislativo	84
3.2. El Poder Constituyente frente a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.....	85
3.3. El ejercicio de la función legislativa en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	88
4. Los parámetros del Control de Convencionalidad de la función legislativa.....	91
4.1. La Convención Americana como parámetro del Control de Convencionalidad legislativo	91
4.2. La interpretación de la Convención Americana como parámetro del Control de Convencionalidad Legislativo	93

4.3. La cosa juzgada internacional y los efectos de la interpretación de la Convención Americana.....	96
5. Control de Convencionalidad como parte del cumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	100

CAPÍTULO IV: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA: ANÁLISIS Y PERSPECTIVA A PARTIR DEL CASO CHILENO

.....	103
1. Marco normativo constitucional sobre el Control de Convencionalidad en Chile	103
1.1. Consideraciones generales sobre Control de Convencionalidad y función legislativa en Chile.....	104
1.2. Las bases de la institucionalidad y los Derechos Humanos como límites de la soberanía	105
1.3. Los Tratados Internacionales como norma de Derecho Interno: el Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad	108
1.4. La supremacía constitucional como fundamento del Control de Convencionalidad.....	110
2. La estructura institucional del Congreso Nacional y el desarrollo del Control de Convencionalidad.....	112
3. El Control de Convencionalidad en la elaboración y tramitación de un proyecto de ley	116
3.1. Aspectos generales: iniciativa, origen y Control de Convencionalidad.....	117
3.2. El Control de Convencionalidad en el proceso deliberativo sobre un proyecto de ley	120
3.3. Informe de Convencionalidad de un proyecto de ley: posibles contenidos y alcances	122
4. Medidas para garantizar el desarrollo del Control de Convencionalidad en el ámbito legislativo	123
4.1. Uniformidad de criterios en la elaboración y propuesta de una iniciativa legislativa	124
4.2. Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad: ¿complementarios o excluyentes?	125

4.3. El Tribunal Constitucional chileno frente al Control de Convencionalidad	128
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	131
BIBLIOGRAFÍA.....	137
1. LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS.....	137
2. NORMATIVA JURÍDICA.....	143
a) Internacional.....	143
b) Nacional	144
3. SENTENCIAS DE LA CORTE IDH VS. CHILE	145
4. SENTENCIA DE LA CORTE IDH VS. OTROS ESTADOS PARTE DE LA CONVENCIÓN ...	146
5. OPINIONES CONSULTIVAS CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	148
6. VOTOS PARTICULARES	149
7. SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO.....	150

ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derecho Humanos
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal sobre Derechos Humanos
CPR	Constitución Política de la República
LOCCN	Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional
OC	Opinión Consultiva
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RCDyD	Reglamento de la Cámara de Diputados y Diputadas
RS	Reglamento del Senado
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SUDH	Sistema Universal de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

En mi calidad de investigador de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Servicio común de la Cámara de Diputados y Diputadas y el Senado de la República¹, me corresponde apoyar el trabajo parlamentario. Con la finalidad de fortalecer mi preparación profesional para un mejor desempeño de mis funciones, me trasladé en septiembre de 2018 a Madrid para cursar el Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos en la Universidad Carlos III, con la certeza de que los conocimientos adquiridos me permitirían una nueva perspectiva sobre los temas que me corresponden abordar en el ejercicio mis funciones.²

La realización del trabajo titulado: *“La Influencia de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el desarrollo legislativo: reflexiones a partir del caso chileno”*, para la asignatura “Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos”, me motivo a realizar mi Trabajo de Fin de Máster (TFM) sobre el tema de control de convencionalidad, a partir de las reflexiones sobre la ausencia o incorporación fragmentada, por parte de los legisladores y las legisladoras en sus proyectos de ley, de referencias expresas sobre el alcance de sus iniciativas legales en materia de derechos humanos y vinculación con las obligaciones internacionales del Estado.

El control de convencionalidad, es concebido como una institución propia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), introducido por Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH, la Corte Interamericana, la Corte), con el fin de dar efectividad a la vigencia, garantía y respeto de los derechos

¹ La Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, tiene como misión apoyar a la comunidad parlamentaria en el desempeño de sus funciones constitucionales por medio de la generación y provisión de productos y servicios y contribuir a vincular al Congreso con la ciudadanía. De esta forma, apoya el trabajo parlamentario y contribuye a la certeza del actuar legislativo y proporciona información que disminuye las brechas de información entre los poderes Legislativos y Ejecutivos. Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (BCN), Visión, Misión, Valores y Objetivos estratégicos BCN. Disponible en: <https://bit.ly/2UEPzoG>, (consultada el 10 de junio de 2020).

² Hago presente que las opiniones que formulo en el desarrollo del presente trabajo, se hacen en el contexto de la elaboración de una investigación académica y que en nada comprometen la neutralidad y prescindencia exigidas como funcionario de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

humanos en el continente.³ Esta doctrina, aún en evolución⁴, permite “identificar la actividad que deben desarrollar todas las autoridades, órganos y poderes de un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados interamericanos, consistente en aplicar *ex officio* el Derecho Internacional y especialmente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de dicho tribunal interamericano, en el marco de las respectivas competencias de cada autoridad, órgano o poder y las regulaciones procesales correspondientes”.⁵

A partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*⁶, la Corte Interamericana desarrolla progresivamente los elementos que constituyen el control de convencionalidad y determina la obligación de todos los órganos y autoridades de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH, la Convención, el Pacto de San José) de ejercerlo en la emisión o creación, interpretación y aplicación de las normas de Derecho interno⁷ y aunque es visto como “una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto”⁸, recibe críticas de índole teórico y práctico.

La evolución del control de convencionalidad, se vincula, en un primer momento, a los pronunciamientos de la Corte Interamericana sobre “algunas de las más graves deficiencias de las autoridades nacionales en materia de protección a los derechos humanos en Latinoamérica”⁹ y al avance, luego, en la protección de los derechos humanos reconocidos en la CADH que son vulnerados por los Estados en contextos democráticos, donde se sitúan, por ejemplo, el fallo en el caso *Gelman vs. Uruguay*, que

³ Cfr. QUINCHE RAMÍREZ, M., *El control de convencionalidad*, Ubijus Editorial, 2ª ed., México D.F., 2016, p. 27.

⁴ En esta línea se pronuncian: HENRÍQUEZ VIÑAS, M., “La polisemia del control de convencionalidad interno”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 24, enero – junio, 214, pp. 113- 141, p. 120.

⁵ CASTILLA JUÁREZ, K., “El control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”, *Revista IIDH*, vol. 64, 2016, pp. 87-125, p. 102.

⁶ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.

⁷ Cfr. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad”, *Estudios Constitucionales*, año 15, n° 1, 2017, pp. 55 - 98, p. 73.

⁸ SAGÜÉS, N., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 8, n° 1, 2010, pp. 117-136, p. 118.

⁹ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad”, *ob. cit.* p. 87.

se pronuncia expresamente sobre los límites de la función legislativa y el reciente fallo en el caso *Azul Rojas vs. Perú*, que analiza el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas trans. Este TFM, se ubica precisamente en esta etapa de evolución jurisprudencial, con anclaje en la primera jurisprudencia, pero con un enfoque que permita la más amplia protección de los derechos humanos en los regímenes democráticos.

Entendido como una obligación de los Estados parte de la CADH, el control de convencionalidad, “implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹⁰, cuyas atribuciones jurisdiccionales asignadas por el Pacto de San José “se desplazan en cuatro vertientes (...): contenciosa, preventiva – en medidas provisionales, en ocasiones ajenas a un procedimiento contencioso – y ejecutiva”.¹¹ Teniendo en cuenta la amplitud del tema y dada la exigencia de la extensión del presente trabajo, solo focalizo mi atención en la jurisprudencia procedente del ejercicio de la competencia contenciosa y consultiva de la Corte sobre la materia.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el control de convencionalidad de la creación de la ley¹², etapa que la doctrina suele omitir, y parte de la hipótesis que es vinculante para el Legislativo y el Ejecutivo como colegislador en el ejercicio de la función legislativa¹³, según se desprende del párrafo 123 del fallo *Almonacid Arellano*,

¹⁰ SAGÜÉS, N., “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, *Revista Investigações Constitucionais, Curitiba*, vol. 1, n° 2, mayo-agosto, 2014, pp. 23-32, p. 24.

¹¹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., “Cumplimiento de las sentencias y trascendencia de la Jurisprudencia Interamericana”, en CAMARILLO GOVEA, L., y ROUSSET SIRI, A., *Dossier: Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Facultad de Derechos Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2019, pp. 11-24, p. 20.

¹² En este trabajo se entiende por Ley: toda “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.” Corte IDH, *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6, párr. 30.

¹³ Para los efectos de este trabajo, se entiende la función legislativa en sentido estricto, es decir, como la facultad para proponer, discutir y aprobar las leyes que forman parte del ordenamiento jurídico del Estado. Por tanto, no se consideran, las demás funciones que tiene el Poder Legislativo, por ejemplo, las fiscalizadoras.

que establece el control represivo o constructivo ¹⁴ de convencionalidad de responsabilidad de los jueces y que opera cuando el Legislativo falla en su función, es decir, modificar, suprimir, derogar o crear las leyes y que les habilita para aplicarlas e interpretarlas.¹⁵

La importancia del tema, radica en la posibilidad de evitar que por vía legislativa se vulneren los derechos y las libertades reconocidas en la CADH y en el *corpus iuris interamericano*, soslayando, además, la responsabilidad internacional del Estado. Asimismo, contribuye a fortalecer el cumplimiento de las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación normativa, establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, asumidas por el Estado al ratificarla, las que deben ser cumplidas de buena fe y sin que se pueda invocar la propia legislación para no cumplir. Siendo así, la pregunta central que buscaré responder en esta investigación es la siguiente: ¿Es factible realizar un control de convencionalidad de carácter vinculante en la etapa de formación de la ley con independencia del control que deban realizar otros órganos?

Para lograr el objetivo planteado utilizo como metodología un análisis descriptivo de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el control de convencionalidad, para determinar su concepto, características y efectos, de manera de ofrecer un panorama completo de la institución y entender *cuál* es su objetivo y *por qué* se configura de una determinada forma. Este análisis, teórico y práctico, se apoya en la doctrina para explicar el alcance y contenido de la jurisprudencia de la Corte sobre la materia, poniendo énfasis en aquellas opiniones que configuran la obligación del legislador de ejercer el control de convencionalidad en la función legislativa, sin descartar aquellos análisis críticos sobre el control en estudio. Este análisis se complementa con estudio normativo, que comprende a la Convención Americana, otros tratados del SIDH y las normas de Derecho Interno chileno, particularmente las disposiciones constitucionales. Este estudio más analítico, coloqué mi atención en el desarrollo práctico de los elementos teóricos en la perspectiva desarrollada en el presente TFM, sin obviar cuestiones complejas, por ejemplo, la relación del control de convencionalidad con el control de constitucionalidad.

¹⁴ Cfr. SAGÜÉS, N., “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, op. cit., p. 24.

¹⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 123 y 124.

El presente trabajo se estructura en dos partes compuestas de dos capítulos cada una de ellas. La Primera Parte, titulada: “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad”, estudia los antecedentes generales del SIDH y del control de convencionalidad. Se compone de dos capítulos. En el I, analizo el SIDH, en cuanto a su origen, concepto, sus órganos de protección, sus resoluciones y la fuerza vinculante de estas para los Estados parte de la CADH. Asimismo, examino las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación legislativa, establecidas en el Pacto de San José. En el Capítulo II, me ocupo del origen, evolución y concepto del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH y las visiones críticas sobre la doctrina.

En esta primera parte, como se observa, busco ofrecer un panorama general del SIDH, en el cual se desarrolla la doctrina del control de convencionalidad, lo que es necesario para entender *por qué* los Estados deben cumplir con las obligaciones convencionales y determinar de *qué* forma las resoluciones de la Corte IDH son vinculantes para los Estados parte de la CADH. Sentadas las premisas sobre las cuales se estructura el control de convencionalidad por parte de la Corte, paso al análisis específico por parte de aquellos actores que el jurista argentino N. P. SAGÜÉS denomina “legisferantes”¹⁶.

En la Segunda Parte de este TFM, que lleva por título: “El Control de Convencionalidad de la función legislativa como instrumento para garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, me situó en el control de convencionalidad de la función legislativa y analizo su posible ejercicio en el caso chileno, como instrumento útil para garantizar y promover el respeto de los derechos humanos desde el ámbito legislativo. Al igual que la Primera Parte, se estructura en dos capítulos, numerados III y IV. En el primero de ellos, estudio el rol del legislador frente al control de convencionalidad, su obligatoriedad, el rol de la jurisprudencia, los parámetros para su ejercicio y el control de convencionalidad como parte del cumplimiento de un fallo de la Corte Interamericana. El segundo capítulo de

¹⁶ Cfr. SAGÜÉS, N., “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, ob. cit., pp. 23-32.

esta parte, concretiza en el caso chileno el control de convencionalidad de la función legislativa, indagando en la estructura institucional y la regulación jurídica constitucional, legal y reglamentaria la posibilidad de asumirlo como parte del proceso de formación de la ley, con miras a que el Estado chileno, desde la función legislativa, cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Finaliza este TFM, con un acápite destinado a las conclusiones y recomendaciones, en que se consigan el aprendizaje obtenido en el proceso de desarrollo de esta investigación.

Finalmente, quiero agradecer a quienes han hecho posible este trabajo: las autoridades de la Biblioteca del Congreso Nacional; mis colegas de trabajo, quienes gentilmente dedicaron tiempo conversar los contenidos de este TFM, algunas de esas conversaciones se concretaron en un proyecto en curso destinado a preparar una serie de documentos para apoyar la función de los Convencionalistas en un posible proceso de elaboración de una Nueva Constitución chilena: “Proyecto Derechos Humanos y Proceso Constituyentes”. A la familia, amigas y amigos, por la alegría de compartir nuestros sueños.

Un especial agradecimiento a mi Tutora, la Dra. Florabel Quispe Remón, quien amablemente aceptó dirigir este trabajo, por su motivación constante para desarrollar esta investigación. A mis profesores del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (IDHBC) y a mis compañeros y compañeras y a los amigos y amigas que hice durante los hermosos meses que permanecí en las aulas del Instituto, a todas y a todos ¡gracias!

PRIMERA PARTE

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad

CAPÍTULO I: EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS OBLIGACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS PARTE DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. Aspectos generales del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

La protección de los derechos humanos en el continente es el resultado de un trabajo sostenido en el tiempo. Implica el esfuerzo de los Estados Americanos por establecer, a partir de la realidad regional y mundial, mecanismos capaces de actuar como límite al poder del Estado. Por lo mismo, es necesario conocer su configuración para entender el desarrollo de las instituciones que lo integran, tarea que se aborda en los siguientes apartados.

1.1. Antecedentes y concepto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El reconocimiento y desarrollo de los derechos humanos en el continente americano se produce casi a la par con su internacionalización¹⁷, y ha permitido sobre la base de la Organización de los Estados Americanos (en adelante la OEA), el establecimiento de un sistema de protección en el que se distinguen tres componentes: i) ideológico, que alude a las convicciones compartidas sobre la persona, la sociedad y el Estado; ii) jurídico, que desarrolla normativamente esas convicciones; y iii) político, que comprende a sus

¹⁷ Cfr. QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010, p. 297.

protagonistas, es esto, los Estados Americanos, la organización que los agrupa; la sociedad civil y los actores emergentes, como la academia, comunicadores, etc.¹⁸

Los antecedentes remotos del sistema regional americano de protección de los derechos humanos se remontan a las Conferencias Panamericanas iniciadas a fines del siglo XIX¹⁹. Sin embargo, son los efectos devastadores producidos por la Segunda Guerra Mundial y que provocan una fuerte reacción en el continente americano²⁰, los que conducen a los Estados a celebrar diversas conferencias que dieron origen a los distintos instrumentos que actualmente componen el SIDH.

Se entiende por SIDH, toda producción normativa sobre derechos humanos generada a partir de la iniciativa de los Estados en el marco de la OEA desde el año 1948 hasta la fecha; y que comprende, además, la producción de las resoluciones y sentencias de la Comisión Interamericana y la Corte IDH.²¹ También, puede ser entendido como el conjunto de mecanismos y procedimientos establecidos en la Carta de la OEA y otros instrumentos jurídicos conexos a la misma y aquellos previstos en la CADH, sus protocolos adicionales y otros tratados sobre protección de los derechos humanos.²² Por tanto, con la expresión SIDH se hace referencia a un conjunto instrumentos jurídicos y procedimientos sobre protección de derechos humanos en el contexto de la OEA.

1.2. La formación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La formación del SIDH, se puede abordar desde una perspectiva histórica o normativa o una combinación de ambas²³. Aunque los autores ponen énfasis en un análisis

¹⁸ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J., “Recepción de la Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos: Libertad de Expresión, Jurisdicción Militar y Control de Convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales*, nº 29, julio-diciembre, 2013, pp. 163-218, p. 165-166.

¹⁹ Cfr. FERNÁNDEZ LIESA, C., *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Editorial Aranzadi, S.A, 1ª ed., Navarra, 2013, p. 336 y 337.

²⁰ MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Universidad de Chile Facultad de Derechos – Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 13.

²¹ Cfr. QUISPE REMÓN, F., *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 34.

²² Cfr. FAÚDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, Instituto de Interamericano de Derechos Humanos, 3ª ed., reimp. 2009, San José de Costa Rica, 2009, p. 27.

²³ *Ibidem*.

normativista, en mi opinión, la perspectiva histórica pone en relieve que las instancias de participación de los Estados a nivel continental son positivas para generar contextos de promoción y protección, así como la toma de conciencia sobre los derechos humanos, lo cual se expresa en instrumentos normativos. Por esta razón, se tratan, aunque sin ser exhaustivos, por separado.

1.2.1. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde una perspectiva histórica

Siguiendo a Cançado Trindade, FAÚNDEZ, distingue 4 etapas en la formación del SIDH: i) antecedentes; ii) formación; iii) consolidación; y iv) perfeccionamiento. La primera se caracteriza, entre otros, por la adopción de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADH), primer instrumento internacional sobre la materia, anterior a la Declaración Universal sobre Derechos Humanos (en adelante DUDH)²⁴, instrumento central del Sistema Universal de Derecho Humanos (en adelante SUDH), de las Naciones Unidas (en adelante ONU). La creación de la CIDH y el proceso de expansión de sus competencias, caracterizan la segunda etapa. La entrada en vigor de la CADH caracteriza la tercera etapa, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, unido a los protocolos adicionales de la Convención y nuevos tratados, caracterizan la cuarta etapa.²⁵

Los Estados Americanos, agrupados en la Unión Panamericana, llevaron a cabo algunas iniciativas en el ámbito de los derechos humanos.²⁶ En las Conferencias Panamericanas, tanto Ordinarias como las Extraordinarias, iniciadas en 1890 y hasta la firma de la Carta de la OEA en 1948, propiciaron las relaciones entre los Estados

²⁴ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada por Resolución XXX de 2 de mayo de 1948, en la Novena Conferencia Interamericana, celebrada en la ciudad de Bogotá, Colombia, entre el 30 de marzo y el 2 de mayo de 1948. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

²⁵ Cfr. FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 27.

²⁶ Cfr. GONZÁLEZ MORALES, F., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y Desafíos*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2013, p. 30.

americanos en torno a objetivos comunes²⁷. La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz celebrada en México en 1945, conocida también como Conferencia de Chapultepec, “marca un hito en la historia de los Derechos Humanos en el continente americano, por cuanto se adoptan, por vez primera, medidas de la política continental en el campo de los derechos humanos.”²⁸ En el marco de esta conferencia, se adopta, entre otras: la Resolución XXVII, sobre Libertad de Información y la Resolución XL, sobre Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre; ambas constituyen antecedentes importantes en el desarrollo del SIDH.

Tres años más tardes, en la Novena Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá, Colombia, se materializan el acuerdo suscrito en Chapultepec, puesto que el encargo hecho al Comité Jurídico Interamericano para elaborar un anteproyecto de declaración sobre la materia se concreta en la DADH y la firma la Carta de la OEA. El nacimiento de la nueva organización y la declaración a un tiempo, se explica, en opinión de GONZÁLEZ MORALES, en la existencia de la Unión Panamericana, la que venía trabajando en el proyecto.²⁹

Pese a que la DADH carece de efecto vinculante, es decir, sólo opera como guía de la conducta del Estado en materia de derechos humanos³⁰, consagra un catálogo de derechos y constituye el antecedente inmediato de la CADH, pilar fundamental en la protección de estos derechos en el continente. Por su parte, la Carta de la OEA reconoce a los derechos esenciales del hombre como uno de los principios fundantes de la organización.³¹ La situación continental sobre la protección de los derechos era similar a la del resto del mundo: en la Sociedad de las Naciones “tampoco se estableció un sistema general de protección de los derechos humanos, sin perjuicio de desarrollar normas sobre protección de las minorías.”³² Así, el primer instrumento del Sistema Universal de

²⁷ Cfr. QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y el sistema interamericano*, ob. cit., 2010, p. 298.

²⁸ *Ídem*, p. 309.

²⁹ Cfr. GONZÁLEZ MORALES, F., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 30.

³⁰ Cfr. MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Universidad de Chile Facultad de Derechos – Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007, p. 15.

³¹ Cfr. QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y el sistema interamericano*, ob. cit., p. 310.

³² GONZÁLEZ MORALES, F., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 30.

Protección, la DUDH, también carecía de efectos vinculantes. Además, al momento adoptar un tratado a nivel universal se opta por tratar en un pacto los derechos civiles y políticos y en otro los económicos sociales y culturales.

El encargo de elaborar un proyecto de convención americana sobre derechos humanos se produce en la Quinta Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile entre el 12 y 18 agosto de 1959. El Consejo de Jurisconsulto elabora un proyecto, que es analizado en la Segunda Conferencia Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro en 1965, junto a otros dos proyectos que fueron presentados por Chile y Uruguay³³; ellos son sometidos a debate tanto del Consejo de la OEA y de los gobiernos, adoptándose un texto final en la IX Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica, entre el 7 al 22 de noviembre de 1969. Nace así, la CADH, instrumento primordial del SIDH.

1.2.2. Análisis del Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde una perspectiva normativa

En el SIDH, desde una perspectiva normativa, se distinguen dos subsistemas: el derivado de la Carta de la OEA y el de la CADH³⁴. En el primero de ellos, “comprende las competencias que, en la esfera de los derechos humanos, posee la Organización de Estados Americanos respecto de todos sus miembros; el segundo está constituido por las instituciones y procedimientos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos conexos, y que sólo son aplicables a los Estados partes en dichos tratados.”³⁵

La Carta de la OEA constituye la primera fuente jurídica del SIDH, aunque no consagra un sistema de protección de derechos, sienta sus bases al establecer como fundamento de la organización social al ser humano:³⁶ su Preámbulo señala que la

³³ Cfr. QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y el sistema interamericano*, ob. cit., p. 314.

³⁴ Ídem, p. 308-309.

³⁵ FAÚDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 28.

³⁶ Cfr. MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 13-14.

consolidación en el continente de un régimen de libertad individual y de justicia, en el marco de un régimen democrático, está fundado en el respeto de los derechos esenciales de la persona³⁷. En consecuencia, el respeto de estos derechos humanos es el fundamento de la actuación la OEA, por lo mismo, su protección es el principal objetivo.

El subsistema que deriva de la CADH³⁸ “es el corazón del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”³⁹ y contiene un catálogo de derechos y libertades, obligaciones y deberes de los Estados partes y un marco de actuación de estos. Asimismo, establece los órganos encargados de promover y proteger los derechos reconocidos por ella: la CIDH y la Corte IDH. Como se dijo, este subsistema se aplica sólo aquellos Estados parte de la Convención. Sin embargo, la Corte IDH, por mandato del artículo 62.1⁴⁰ de la Convención, sólo es competente respecto de aquel Estado parte que ha reconocido su competencia.

La Convención, pese a referirse casi exclusivamente a los derechos civiles y políticos, sus disposiciones en esta materia son más protectoras que las establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aspecto que se advierte, por ejemplo, en las normas sobre debido proceso, garantías judiciales y libertad de expresión. Sin embargo, la referencia a los Derechos Económicos Sociales y Culturales es mínima.⁴¹

³⁷ Organización de los Estados Americanos (OEA), Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41). Disponible en: <https://bit.ly/3dazzkF>, (consultada el 25 de febrero de 2020).

³⁸ Los países miembros de la OEA, que han ratificado o adherido a la Convención son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Trinidad y Tobago y Venezuela denunciaron la Convención, vía Secretario General de la OEA, el primero el 26 de mayo de 1998, surtiendo efecto el 28 de mayo de 1999 y el segundo, el 10 de septiembre de 2012, surtiendo efecto un año más tarde. Cfr. CORTE IDH, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana. Preguntas frecuentes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2018, p. 3.

³⁹ FAÚDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 53.

⁴⁰ Artículo 62.1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. (...)

⁴¹ Cfr. GONZÁLEZ MORALES, F., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 38.

La DADH, al carecer de efecto vinculante, puso a los Estados miembros de la OEA en la necesidad de adoptar un tratado general sobre derechos humanos como condición para la elaboración de un Estatuto que estableciera las bases de un órgano judicial encargado de proteger los derechos, encargo hecho al Comité Jurídico Interamericano, el que lo consideró prematuro.⁴² Por tanto, la ausencia de mecanismos de protección, según sostiene GONZÁLEZ MORALES, no permite en estricto rigor hablar de un Sistema Interamericano de derechos humanos sino hasta la creación de la CIDH.⁴³

1.3. Los órganos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Las circunstancias políticas por las cuales atravesaba en continente americano a fines de los años 50, condujeron a la creación de la CIDH y 10 años más tarde, a la Corte IDH. El artículo 33 de la CADH, establece como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención a la CIDH y a la Corte IDH.

1.3.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: órgano jurídico político de protección del sistema interamericano

La Comisión, fue creada en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en 1959. La Resolución VIII, crea “una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribucione[s] específicas que éste le señale”.⁴⁴ De esta forma nace el órgano jurídico político de protección de los derechos humanos del SIDH.

⁴² *Ídem*, p. 30.

⁴³ *Ídem*, p. 30 y 31.

⁴⁴ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959*, Resolución VIII Derechos Humanos. Disponible en: <https://bit.ly/2Bp7c5e>, (consultada el 3 de marzo de 2020), p. 11.

Entre las atribuciones establecidas en el primer Estatuto de la CIDH, que data del año 1960, se encontraban: preparar estudios e informes, promoción de los derechos humanos, formular recomendaciones gobiernos en materia de derechos humanos, solicitar informes a Estados sobre medidas adoptadas a nivel interno, y actuar como órgano de consulta de la OEA⁴⁵.

Su primer Estatuto, sin embargo, no contemplaba “la posibilidad de que la Comisión tramitara y decidiera denuncias sobre casos específicos de violaciones cometidas por los Estados.”⁴⁶ Estas denuncias las recibía de *facto* y servían de base para elaborar sus informes, en un contexto de violaciones masivas de los derechos humanos por parte de las dictaduras que gobernaban en el continente. Pocos años después pudo resolver estas denuncias y pasó a ser “el único mecanismo de protección de tales derechos en el sistema interamericano”⁴⁷, cuyo *estatus* se ve fortalecido por la CADH, ratificando las funciones encomendadas desde su establecimiento, entre ellas, la de conocer casos específicos.⁴⁸

La principal función de la CIDH, por mandato del artículo 106 de la Carta de la OEA, es “la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”⁴⁹. Es definida por su Estatuto como un “órgano de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”⁵⁰. Por otra parte, el artículo 41 de CADH, dispone que la CIDH tiene “la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos”⁵¹.

⁴⁵ Cfr. GONZÁLEZ MORALES, F., “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 5, 2009, pp. 35-57, p. 36.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ídem*, p. 37.

⁴⁸ Cfr. *Ídem*, p. 40.

⁴⁹ Organización de los Estados Americanos (OEA), Carta Democrática Interamericana. Disponible en: <https://bit.ly/2XpJwq4>, (consultada el 10 de febrero de 2020).

⁵⁰ CIDH, *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://bit.ly/3eaVTvX>, (consulta el 17 de septiembre de 2019), art. 1.

⁵¹ Decreto N° 873, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”*, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991. Disponible en: <http://bcn.cl/1vb5t>, (consulta el 17 de septiembre de 2019), art. 41.

La Comisión para cumplir con mandato dispone de diversas atribuciones, las que quizás se puedan resumir en, tal como lo dice el literal a) del artículo 41 citado, “estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América”⁵², puesto que sus recomendaciones, informes, respuestas a consultas, resolución de peticiones y otras comunicaciones, permiten, en un trabajo constante, generar conciencia entre los Estados y sus habitantes, sobre el respeto de los derechos humanos como objetivo principal de todos las autoridades y órganos del Estado.

La centralidad de la Comisión, en el diseño del sistema de protección de los derechos humanos, se manifiesta en su facultad para trasladarse a los diferentes Estados para conocer *in situ* las situaciones que podrían constituir una violación de los derechos y libertades convencionales, recibir denuncias particulares y determinar qué asuntos lleva al conocimiento de la Corte IDH. Asimismo, puede generar cambios trascendentales en los países. Así, por ejemplo, mediante el mecanismo de Acuerdo de Solución Amistosa genera y promueve cambios legislativos, cuyos efectos se manifiestan en mayores estándares de protección de los derechos humanos.⁵³

1.3.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: órgano judicial del sistema interamericano

La Corte Interamericana, es definida por el artículo 1 de su Estatuto como “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁵⁴. Nace con la adopción de la CADH, aunque la idea sobre su creación era anterior, pero la falta de un tratado sobre derechos humanos en el Continente, lo hacían inviable. Por otra parte, “representa, además, el órgano con mayor poder conminatorio para garantizar la efectiva aplicación de la

⁵² *Ídem*, art. 41, a).

⁵³ El mecanismo de Acuerdo de Solución Amistosa (ASA), ha permitido, en el caso chileno, entre otros, la protección del Pueblo Indígenas Mapuches – Pehuenches del Alto Bío Bío, con la dictación de la Ley N° 19.959, que Crea la comuna del Alto Bío Bío, en la región del mismo nombre. También, permitió el envío de un proyecto de ley al Congreso Nacional que establece el matrimonio igualitario. Además, ha generado cambios en las normas infralegales, por ejemplo, la modificación de las reglas sobre eliminación de los registros de condenas en el Registro Civil e Identificación.

⁵⁴ Corte IDH, *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://bit.ly/2Bpy17S>, (consultada el 29 de enero de 2020), art. 1.

Convención.”⁵⁵ Las normas por las cuales se rige son la CADH, su Estatuto y su Reglamento y sólo puede conocer aquellos asuntos concernientes a los Estados partes que han reconocido su competencia, según lo dispone el artículo 62.1 de la Convención.⁵⁶

Para acceder a la jurisdicción contenciosa de Corte, la Convención establece en su artículo 61.1, que sólo están habilitados para someter un caso a su conocimiento los Estados partes y la CIDH en conformidad al artículo 45 de su Reglamento. Como se observa, el Pacto de San José no contempla la posibilidad de un acceso directo de la presunta víctima de violación de los derechos convencionales a la Corte, situación que la diferencia actualmente del Sistema Europeo de Derechos Humanos⁵⁷.

1.4. La competencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En materia de funciones de la Corte IDH, se pueden distinguir aquellas de carácter: contenciosa, consultiva, cautelar y supervisión. En caso de extrema gravedad, la Corte adopta medidas provisionales, cuya finalidad es la protección de los derechos humanos ante un daño inminente. Medidas que en el DIDH, “tienen un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar por cuanto protegen derechos humanos.”⁵⁸ Son procedentes, cuando se reúnen “los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las

⁵⁵ Corte IDH, *Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A N° 1, párr. 22.

⁵⁶ En su Informe Anual 2019, la Corte Interamericana señala que de los 35 países integran la Organización de los Estados Americanos (OEA), 20 han reconocido su competencia contenciosa: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Han denunciado la Convención: Trinidad y Tobago, el 26 de mayo de 1998 y Venezuela, el 10 de septiembre de 2012, surtiendo efecto ambas un año después de su presentación, en conformidad al artículo 78.1 de la misma. Cfr. CORTE IDH, *Informe Anual 2019*. Disponible en: <https://bit.ly/3ezJUaU>, (consultada el 30 de mayo de 2020), p. 12.

⁵⁷ El artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, establece la facultad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para “conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos.” Corte Europea de Derechos Humanos, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://bit.ly/2XQrsUW>, (consultada el 11 de abril 2020).

⁵⁸ Corte IDH, *Caso Periódico “La Nación”, Medidas Provisionales respecto de la República de Costa Rica*, Resolución del 26 de agosto de 2002, párr. 4.

personas.”⁵⁹ La Corte, además, tiene a su cargo la supervisión de sus propias resoluciones, con el objeto de velar por su cabal cumplimiento.

Para los objetivos de este trabajo, interesa principalmente el análisis de la competencia contenciosa y consultiva. La Corte Interamericana, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, persigue “la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos.”⁶⁰ En consecuencia, para que la Corte ejerza su jurisdicción contenciosa es necesario una violación de las obligaciones convencionales que “afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados”.⁶¹ Además, se debe señalar que “la justicia interamericana no constituye una nueva y última instancia, con respecto a los órganos nacionales, lo que pretende es establecer, a partir de un juicio sobre la ‘convencionalidad’ de los hechos que le son planteados, orientaciones que posean amplio valor indicativo para los Estados partes en la Convención”.⁶²

En la sentencia, la cual “proviene de un debate en donde en un proceso contencioso concreto los estados nacionales demandados por presuntas violaciones a los derechos humanos, han tenido la oportunidad de alegar y exponer sus puntos de vista”⁶³, según lo ordena el artículo 63.1 de la Convención, la Corte dispondrá que se garantice el derecho o la libertad conculcados y si fuera procedente que se reparen las consecuencias del acto o medida lesiva del derecho o libertad y el pago de una indemnización a la víctima.

En el ejercicio de su función consultiva, que no supone la idea de confrontación ni litigio⁶⁴, la Corte Interamericana se pronuncia sobre solicitudes a cerca del sentido y alcance de las disposiciones de la Convención y de otros tratados sobre protección de

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ 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 OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párr. 49.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² GARCÍA RAMÍREZ, S., “Desarrollo y criterios de la jurisdicción Interamericana sobre Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 11, 2007, pp. 515-554, p. 518.

⁶³ SAGÜÉS, N., “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad”, *Revista IUS ET VERITAS*, n° 50, julio 2015, pp. 292-297, p. 294.

⁶⁴ Cfr. *Ibidem*.

derechos humanos del SIDH⁶⁵. En conformidad con el artículo 64, se encuentran legitimados para solicitar una Opinión Consultiva (en adelante OC), nombre con el cual se conoce el pronunciamiento de la Corte, “la totalidad de los órganos de la Organización de los Estados Americanos que enumera el Capítulo X de la Carta, e igualmente todo Estado Miembro de la misma, sea o no parte de la Convención.”⁶⁶

Por otra parte, la Corte Interamericana ha sostenido que su competencia consultiva, “puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.”⁶⁷ Como se observa, su alcance es amplio y no se restringe únicamente a los tratados del SIDH, sino a todos aquellos que sean aplicables en los Estados del continente. Por tanto, la competencia consultiva va más allá del tratado que le da origen.

Particular interés presenta para esta investigación, el artículo 64.2 de la CADH: la posibilidad de que un Estado miembro de la OEA pueda solicitar que se pronuncie sobre la compatibilidad de sus leyes internas y los tratados del SIDH⁶⁸. En mi opinión, un Estado comprometido con la protección de los derechos humanos puede utilizar esta vía para garantizar que su legislación sea respetuosa con sus compromisos internacionales, con los derechos de quienes se encuentran bajo su jurisdicción, y de esta forma no solo cumplir con las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos y las

⁶⁵ Cfr. GONZÁLEZ MORALES, F., *Sistema Interamericano de Derechos Humano...*, ob. cit., p. 41.

⁶⁶ Corte IDH, *Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, ob. cit., párr. 14.

⁶⁷ *Ídem*, párr. 52.

⁶⁸ La Corte Interamericana, ha señalado que es competente para responder una consulta formulada por un Estado miembro de la OEA sobre la compatibilidad de un proyecto de reforma legislativa o constitucional, esto es, una iniciativa legal que se encuentra en una de las etapas de formación, establecidas en la Constitución o las leyes, en el Parlamento o Asamblea Legislativa, con las normas de los tratados del SIDH. Si bien el artículo 64.2 habla expresamente de “leyes internas”, expresión que comprendería a toda la legislación nacional y todas las disposiciones jurídicas de tal naturaleza, incluyendo las normas constitucionales, no debería entender esa norma en forma restrictiva, puesto implicaría exigir al Estado que concluya la tramitación legislativa del proyecto para poder solicitar a la Corte IDH que se pronuncie, ya no sobre la compatibilidad del proyecto, sino de la ley, con la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados del continente Americano. Cfr. Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A N° 4, párr. 14, 15, 16 y 18.

libertades, sino también contribuir al fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos.

Asimismo, es preciso señalar que la Corte Interamericana, en el ejercicio de su función consultiva, busca “sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.”⁶⁹ Luego, es posible concluir que “los lineamientos interpretativos pronunciados en las opiniones consultivas valen tanto como los emergentes de las sentencias de la Corte Interamericana.”⁷⁰

2. La obligación de respeto y garantía de los derechos y libertades en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

2.1. Marco normativo de la obligación de respeto y garantía en Convención Americana sobre Derechos Humanos

El primer artículo de la CADH establece la obligación de respeto y garantía de los derechos y libertades reconocidas en ella⁷¹. Esta obligación se relaciona con cada uno de los derechos reconocidos por la Convención, de manera que la violación de uno de ellos importa también la infracción del artículo 1.1.⁷², y es “el fundamento genérico de la protección de los derechos reconocidos por la Convención”⁷³; la que posee una

⁶⁹ Corte IDH, *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 de 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24, párr. 22.

⁷⁰ SAGÜÉS, N., “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad”, ob. cit., p. 297.

⁷¹ “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

⁷² Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 162.

⁷³ *Ídem*, párr. 163.

supremacía material que conduce a “una interpretación conforme con ellos de todo el ordenamiento jurídico, ajustado a las obligaciones jurídicas asumidas libre, voluntaria y consciente por el Estado”.⁷⁴

La Corte Interamericana, explica en el fallo *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la radical importancia del artículo 1.1: “pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.”⁷⁵ Por tanto, estas obligaciones son un paradigma para todas las autoridades y órganos del Estado.

Profundizando el punto anterior, IBÁÑEZ sostiene que la obligación de respeto y garantía “compromete a los Estados tanto en cuestiones de prevención y control como en lo que respecta a la reacción ante el incumplimiento a través de la investigación, juzgamiento y sanción, así como de la reparación.”⁷⁶ En consecuencia, la obligación establecida en el artículo 1.1 de la Convención importa una conducta activa por parte del Estado: primero previene y controla las actuaciones u omisiones de sus órganos y luego responde ante su incumplimiento, para lo cual deberá realizar acciones tendientes a corregir su actuación de acuerdo a los parámetros convencionales.

La finalidad de la obligación de respeto y garantía es lograr la compatibilidad del “ordenamiento jurídico estatal con las normas de derechos humanos y, en esa línea, garantizar la eficacia de estas normas internacionales en el derecho interno.”⁷⁷ Por lo dicho, el “ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los

⁷⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, su valor de precedente y la obligatoriedad de su consideración por los Estados partes de la CADH”, en ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL; *Democracia. Derechos Sociales y Jurisdicción Constitucional. Jornadas Sudamericanas de Derecho Constitucional*, DER Ediciones Limitada, Santiago de Chile, 2018, pp. 7-30, p. 10.

⁷⁵ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, ob. cit., párr. 164.

⁷⁶ IBÁÑEZ RIVAS, J.M., *El Control de Convencionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 2017, p. 43.

⁷⁷ *Ibidem*.

derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”⁷⁸, por lo que su respeto constituye una obligación ineludible, puesto que los derechos humanos, en este sentido, “asumen una función legitimadora del poder, presentándose como parámetros con los que medir el grado de justificación y aceptabilidad de las distintas formas de organización políticas”.⁷⁹

2.2. Contenido de la obligación de respetar los derechos y las libertades por parte de los Estados

En la sentencia del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, se afirma que el primer artículo de la Convención: “contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención.”⁸⁰ En consecuencia, afirmar la violación de un derecho o libertad reconocida por la Convención equivale a sostener la violación de su artículo 1.1, al no respetar el Estado los derechos o las libertades reconocidas convencionalmente.

La obligación de respeto de los derechos y libertades reconocidas en la CADH, en opinión de FAÚNDEZ, “tiene un carácter inminentemente negativo, en cuanto involucra, fundamentalmente, el deber de abstenerse de interferir con el ejercicio de tales derechos”⁸¹. Para MEDINA y NASH, la obligación de respeto “[e]xige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Convención.”⁸² En este sentido, la exigencia para el Estado, “constituye una prohibición de interferir con el ejercicio de los derechos protegidos, dirigida directamente a los agentes del Estado parte.”⁸³

⁷⁸ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo*, ob. cit. párr. 165.

⁷⁹ SQUELLA NARDUCCI, A., *Derechos Humanos*, Editorial UV de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2019, p. 27.

⁸⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo*, ob. cit., párr. 162.

⁸¹ FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 76-77.

⁸² MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 19.

⁸³ FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 77.

Por otra parte, cabe observar que el orden en que el artículo 1.1 enuncia las obligaciones generales, tiene cierta relevancia: “[e]l ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”⁸⁴. La primera obligación del Estado, entonces, es respetar esos derechos y las libertades, pues se “trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.”⁸⁵ Este aspecto, por tanto, constituye un deber fundamental para el legislador en el ejercicio de su función legislativa.

Ahora bien, ¿sobre qué categoría derechos recae la obligación de respeto? FAÚNDEZ, afirma que recae “primordialmente [sobre] los derechos tradicionales, es decir, los derechos civiles y políticos, que en este contexto pueden, en principio, ser caracterizados como libertades fundamentales, en cuanto derechos que el individuo tiene frente al Estado.”⁸⁶ En este sentido, cabe observar que la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana paulatinamente avanzó desde los derechos civiles y políticos a la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).⁸⁷

⁸⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, ob. cit., párr. 165.

⁸⁵ Corte IDH, *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6, párr. 21.

⁸⁶ FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 77.

⁸⁷ La Corte Interamericana, en su fallo sobre el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, sostiene que el artículo 26 de la CADH, “Desarrollo progresivo de los derechos”, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en sus artículos 1.1. y 2, ya que el Capítulo III, Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ubica entre las normas de la Parte I, Deberes de los Estados y Derechos Protegidos, lo mismo que el Capítulo II, Derechos Civiles y políticos. Por otra parte, en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, de 2017, desarrolla y condena por primera vez a un Estado por violación autónoma del artículo 26. En el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, se pronuncia sobre el derecho a la salud en base a los mismos argumentos y reitera la interdependencia de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Cfr. Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C N° 198, párr. 154; *Caso Lagos del Campo vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C N° 340, párr. 142; y *Poblete Vilches y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C N° 349, párr. 100.

Si bien es verdad que la obligación de respeto implica una restricción frente al Estado y sus agentes, posee también una dimensión positiva, construyendo “un puente entre éstas y las de garantía de los derechos humanos, junto con el deber de adoptar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”⁸⁸ Por tanto, no es posible entender estas obligaciones en forma aislada, sin una continuidad de las transformaciones estructurales necesarias para un respeto material de los derechos y libertades por parte del Estado, evitando “tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.”⁸⁹

El ejercicio del poder público, según se desprende del artículo 1.1 de la Convención, debe ceñirse a sus normas, siendo ilícita cualquier forma de ejercicio del poder que viole los derechos y las libertades reconocidas por ella. Por tanto, “toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.”⁹⁰

2.3. Contenido de la obligación de garantizar los derechos y las libertades por parte de los Estados

La obligación de garantía, según explica la Corte, “implica el deber de los Estados Partes [de la CADH] de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”⁹¹ Así, por ejemplo, cuando un Estado tolera ciertas “circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención.”⁹²

⁸⁸ FAÚDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 77.

⁸⁹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 173, N° 1.

⁹⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo*, ob. cit., párr. 169.

⁹¹ *Ídem*, párr. 166.

⁹² Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A N° 11, párr. 34.

Para algunos autores, por ejemplo, FAÚNDEZ, esta obligación “es el resultado de su ‘*efecto horizontal*’ y tiene, a la inversa de lo que sucede con la obligación de respeto, un carácter positivo.”⁹³ El Estado para cumplir, deberá “adoptar todas las medidas que sean necesarias y que, de acuerdo a las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de esos derechos e impedir la interferencia de terceros.”⁹⁴

Por otra parte, la Corte Interamericana sostiene que la obligación de garantizar los derechos y libertades convencionales “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta 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.”⁹⁵ En consecuencia, las medidas legislativas requieren ser acompañadas de herramientas que las materialicen, puesto que estas disposiciones “han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido.”⁹⁶

Para garantizar los derechos y libertades reconocidas por el Pacto de San José y, si se quiere, todos aquellos consagrados en el *corpus iuris interamericano*⁹⁷, “el Estado está llamado a tener un ordenamiento jurídico que armonice con sus obligaciones internacionales”⁹⁸; será en el ámbito del Derecho interno, entonces, donde se fije “el marco dentro del cual el resto de los órganos del Estado debe operar”⁹⁹. Por tanto, el rol

⁹³ FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 77.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo*, ob. cit., párr. 167.

⁹⁶ Corte, *Caso Bulacio vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C N° 100, párr. 142.

⁹⁷ La Corte Interamericana, ha precisado en varias oportunidades, que: “el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de soft law, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente.” Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21, párr. 60.

⁹⁸ MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 20.

⁹⁹ *Ibidem*.

del legislador es fundamental para garantizar que las normas internas se adecuen a las disposiciones de la Convención y a la interpretación que de ellas hace la Corte de conformidad con el artículo 62.3 de la Convención.¹⁰⁰

La obligación de garantía, en opinión de MEDINA y NASH, “implica también la necesidad de remover obstáculos, aunque no emanen de las normas internas, sino que de la estructura social y de la cultura.”¹⁰¹ Así, por ejemplo, “el Estado debe hacer una revisión cuidadosa de la manera cómo opera la sociedad y un diseño de políticas conducentes al logro de hacer efectivos, para todos los individuos, el goce y ejercicio de los derechos humanos.”¹⁰² El Estado, entonces, debe actuar en el ámbito doméstico en conformidad a los parámetros establecidos en la CADH, en los demás instrumentos de protección de los derechos del SIDH y la jurisprudencia consultiva y contenciosa de la Corte, desarrollando políticas efectivas, por ejemplo, desde el ámbito legislativo, que garanticen los derechos y las libertades reconocidas en la Convención.

En el desarrollo de las garantías de los derechos y las libertades, asumidas por el Estado al ratificar CADH, el legislador juega un rol relevante: en cumplimiento de las funciones establecidas en la Constitución, mediante la dictación de normas jurídicas podrá prevenir razonablemente la violación de los derechos y las libertades, ya que la obligación de garantía exige, como se dijo, a todos los poderes del Estado, y desde luego al Legislativo, una conducta positiva dirigida a lograr la efectividad material de los derechos. En consecuencia, es necesario que estos “no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona”.¹⁰³

Por otra parte, es preciso señalar que la obligación de garantía comprende la de prevenir las violaciones de los derechos humanos: “abarca todas aquellas medidas de

¹⁰⁰ “3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”

¹⁰¹ MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 21.

¹⁰² *Ídem*, p. 22.

¹⁰³ Corte IDH, *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, ob. cit., párr. 22.

carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito”¹⁰⁴, y también aquellos hechos no “imputable[s] directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, (...) no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”¹⁰⁵

En el contexto anterior, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, establece, por ejemplo, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, que la falta de conciencia en la sociedad respecto a una categoría de prohibida de discriminación, por ejemplo, la orientación sexual, no puede avalar una negación o restricción de derechos, ya que importa una violación del artículo 1.1.¹⁰⁶ Por tanto, el Estado en cumplimiento de su obligación de garantía debe generar los “cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI.”¹⁰⁷ En este mismo sentido, se pueden citar las legislaciones que al regular determinados derechos sociales, fortalecen estereotipos arraigados socialmente, por ejemplo, aquellos relacionados con las tareas de cuidado de los hijo e hijas.

3. El deber de adoptar disposiciones de Derecho interno en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La obligación de adoptar disposiciones de Derecho doméstico o de adecuación normativa, incumbe directamente al legislador, pues al ser el titular de la función legislativa, debe compatibilizar la legislación nacional, en caso de ser necesario, para que el Estado cumpla con sus obligaciones bajo la Convención Americana, aspecto que será analizado en los apartados que siguen.

¹⁰⁴ Corte, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Fondo*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C N° 5, párr. 185.

¹⁰⁵ *Ídem*, párr. 182.

¹⁰⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239, párr. 92 y 93.

¹⁰⁷ *Ídem*, párr. 267.

3.1. La obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El artículo 2 de la CADH¹⁰⁸, establece la obligación general del Estado parte de adoptar disposiciones de Derecho interno¹⁰⁹ cuando el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por ella no estuvieren ya garantizados. Se trata de “una obligación trascendental”¹¹⁰, “para garantizar los derechos en ella consagrados, (...) bajo el mandato perentorio según el cual las medidas adoptadas por el Estado deben ser efectivas”¹¹¹. En opinión de GARCÍA, este deber “es, en rigor, un ‘rostro’ del precepto anterior”¹¹², es decir, de la obligación de respeto y garantía e “impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención”¹¹³.

La obligación que adoptar disposiciones de Derecho interno comprende la modificación y la emisión de normas jurídicas. Asimismo, esta obligación “se proyecta en medidas de amplio espectro: del Estado hacia sí mismo: orden jurídico y estructuras, atribuciones y prácticas; y del Estado hacia la sociedad: impulso a cambios que modifiquen las condiciones estructurales de las violaciones”¹¹⁴. Constituye, “una suerte

¹⁰⁸ “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

¹⁰⁹ Diversos tratados que integran el SIDH contemplan disposiciones similares al artículo 2 de la CADH, entre ellos: artículo 2, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”; artículo 7, letras c), d), e), y h), Convención Belem do Pará; artículo 9 y 17, Convención Interamericana para Prevenir la Tortura; artículo 1, letra d), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; artículo III, N° 1, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; y, artículo 4, letra c), artículo 9, letra a), artículo 12, letra d), artículo 18, párr. 3, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

¹¹⁰ FERRER MAC-GREGOR, E. y PELAYO MÖLLER, CM., “Parte I Deberes de los Estados y Derechos Protegidos, Capítulo I Enumeración de deberes”, en STEINER, C. y FUCHS, MC., eds., *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentarios*, 2ª ed., Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019, pp. 31-105, p. 77.

¹¹¹ FAJARDO MORALES, A., *Control de Convencionalidad. Fundamentos y alcances. Especial relevancia a México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2015, p. 47.

¹¹² GARCÍA RAMÍREZ, S., *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, 2ª ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos México, México D.F., 2015, p. 49.

¹¹³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 121.

¹¹⁴ GARCÍA RAMÍREZ, S., *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, ob. cit., p. 49.

de vínculo entre las obligaciones internacionales asumidas por los Estados al ratificar o adherirse a la Convención Americana, y los sistemas jurídicos internos de los mismos Estados.”¹¹⁵

La adopción de medidas legislativas, como enseña el profesor NOGUEIRA, “implica el deber estatal de adoptar medidas que adecuen el derecho interno, desde el texto constitucional hasta la última disposición administrativa, de manera que el ordenamiento jurídico del Estado Parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados en la CADH”.¹¹⁶ Profundizando el punto, REY CANTOR, dice que estas medidas alcanzan a “la Constitución, las leyes, los actos administrativos como normatividad para hacer efectivos los derechos y las libertades mencionados en el artículo 1.1., esto es, los derechos humanos reconocidos en los artículos 3 a 25 de la Convención.”¹¹⁷ Por tanto, no existen una categoría normativa vedada al alcance de esta obligación convencional.

El objetivo del artículo 2 de la Convención, en palabras de CANÇADO TRINDADE, “es superar los obstáculos y tomar las medidas pertinentes para asegurar la aplicación de todas las normas Convención”¹¹⁸. Para QUINCHE RAMÍREZ, la norma busca la “efectivización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y de existencia y aplicación del control de convencionalidad”¹¹⁹, de manera que las disposiciones de los Tratados no sean solo normas programáticas.

¹¹⁵ SERRANO GUZMÁN, S., *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1ª ed. 2013, 1º reemp., Comisión Nacional de Derechos Humanos México, México D.F., 2015, p. 19.

¹¹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales”, en NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CARVALLO, G., coords., *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*, Editorial Triángulo, Santiago de Chile, 2017, pp. 11-53, p. 15.

¹¹⁷ REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Editorial Porrúa, México D.F, 2008, p. 7.

¹¹⁸ CANÇADO TRINDADE, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XX*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., Santiago de Chile, 2006, p. 286.

¹¹⁹ QUINCHE RAMÍREZ, M., *El control de convencionalidad*, ob. cit., 2016, p. 32.

Una de las cuestiones que plantea la obligación de adoptar disposiciones de Derecho nacional, es si condiciona o no el carácter de autoejecutable o efecto directo¹²⁰ de la obligación de respeto y garantía de los derechos¹²¹. CANÇADO TRINDADE, sostiene que “[n]o se puede condicionar la totalidad de los derechos internacionalmente consagrados a las providencias legislativas internas de los Estados Partes”¹²²; en consecuencia, el artículo 2 “no afecta la exigibilidad inmediata de las obligaciones establecidas en el artículo 1 tan pronto como la Convención entró en vigor – y para cada Estado desde que éste manifestó su consentimiento”¹²³. Además, no se debe olvidar que esta obligación opera en un supuesto bien determinado: cuando los derechos no están garantizados, ya sea por una medida legislativa u otra que garantice de igual forma los derechos.

Ahora bien, que el artículo 1.1 de la Convención tenga exigibilidad inmediata, no libera al Estado de su obligación de abocarse a la tarea de controlar que sus normas no sean contrarias a ella y de eliminar los obstáculos que impiden el libre ejercicio de los derechos, debiendo: i) evitar que las normas internas contraríen los tratados; ii) desarrollar en la legislación doméstica los derechos formulados internacionalmente y adoptar medidas no legislativas para el pleno goce de los derechos humanos.¹²⁴ En síntesis, la obligación del artículo 2 importa: “desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser

¹²⁰ Por efecto directo se entiende: la fuerza normativa que adquieren los tratados dentro del ordenamiento jurídico nacional del Estado, pudiendo ser aplicados por los jueces sin necesidad de dictar legislación complementaria en el ámbito interno. Algunos autores desarrollan un análisis bastante crítico sobre este punto, puesto que puede afectar la función propia del legislador, imposibilitándole ejercer sus competencias para modificar las consecuencias que acarrearía la realización del control de convencionalidad, ya que el juez podría dejar de aplicar una norma jurídica generada a partir del libre debate democrático por ser contraria, por ejemplo, a las normas de la CADH. Cfr. FUENTES TORRIJO, X. y PÉREZ FARÍAS, D., “El efecto directo del Derecho Internacional en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Estudios, año 25, n° 2, 2018, pp. 119-156.

¹²¹ El problema se genera a partir de las distintas posiciones sobre la incorporación del artículo 2 en la CADH. Para más antecedentes ver: CANÇADO TRINDADE, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XX*, ob. cit., p. 284-288 y FERRER MAC-GREGOR, E. y PELAYO MÖLLER, CM., “Parte I Deberes de los Estados y Derechos Protegidos...”, ob. cit., p. 77-78.

¹²² CANÇADO TRINDADE, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XX*, ob. cit., p. 286.

¹²³ MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 27.

¹²⁴ Cfr. *Ídem*, p. 28-29.

aplicados por los órganos del Estado y, (...) adoptar todas las medidas legislativas que sean necesarias para permitir el pleno uso y goce de los derechos.”¹²⁵

Pero, ¿cuál es para la Corte IDH el contenido de la obligación establecida en el artículo 2 del Pacto de San José? Este aspecto será desarrollado en el acápite siguiente.

3.2. Contenido de la obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno en la jurisprudencia del Corte Interamericana

El contenido de la obligación dispuesta por el artículo 2 de la CADH, ha sido desarrollado por la Corte IDH en el ejercicio de su competencia consultiva y contenciosa. En este contexto ha dicho que la norma citada “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”¹²⁶, y que el Estado incumple esta obligación “omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención.”¹²⁷

Al hilo de lo señalado anteriormente, al Estado, por mandato del artículo 2 de la CADH, le asisten dos obligaciones: una positiva, que consiste en dictar normas, las que necesariamente deben estar en conformidad con la Convención, y otra de carácter negativa, ya que “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 Convención.”¹²⁸ Como sostiene BAZÁN, “la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la CADH,

¹²⁵ FERRER MAC-GREGOR, E. y PELAYO MÖLLER, CM., “Parte I Deberes de los Estados y Derechos Protegidos...”, ob. cit., p. 79.

¹²⁶ Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1., 11. y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86, de 29 de agosto de 1986, Serie A N° 7, párr. 30,

¹²⁷ Corte IDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, Serie A N° 13, párr. 26.

¹²⁸ 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)*, ob. cit., párr. 33.

comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades”.¹²⁹

En *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte Interamericana, dijo que la obligación de respeto y garantía es “mucho más inmediata que la que resulta del artículo 2”¹³⁰, lo que es lógico, ya que los procesos legislativos con frecuencia suelen ser complejos y no exentos de miradas que no se conforman con el objeto y fin del DIDH. Sin embargo, es el fallo sobre el caso “*Cinco Pensionistas*” vs. *Perú*, donde se estableció que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial...”¹³¹ Por tanto, se trata de una norma consuetudinaria cuyo fin es “que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención.”¹³²

Asimismo, es preciso señalar que las adecuaciones legislativas “sólo son efectivas cuando el Estado *adapta su actuación* a la normativa de protección de la Convención”.¹³³ Tal como enseña BAZÁN, “las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales (y otras autoridades públicas) asegurar el cumplimiento de aquel deber de adecuación por medio del control de convencionalidad, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales.”¹³⁴

¹²⁹ BAZÁN, V., “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 19, Madrid, 2015, pp. 25-70, p. 47.

¹³⁰ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, ob. cit., párr. 168.

¹³¹ Corte IDH, *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*, Fondo, *Reparaciones y Costas*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C N° 98, párr. 164.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ibidem*. La cursiva es nuestra.

¹³⁴ BAZÁN, V., “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, ob. cit., p. 48-49.

La Corte Interamericana, en su fallo sobre el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, determina en qué consiste la tarea del quien ejerce la función legislativa¹³⁵ en el marco del artículo 2 de la CADH:

“...la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención, implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La primera vertiente se satisface con la reforma, la derogación, o la anulación, de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a 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.”¹³⁶

La jurisprudencia citada en el párrafo anterior, precisa con claridad la actuación de quienes ejercen la función legislativa en la adopción de medidas para adecuar la legislación interna del Estado a sus obligaciones convencionales en materia de derechos humanos y hace hincapié en la supresión y emisión de normas, pero también en la supresión y desarrollo de prácticas que perpetúan estructuras que obstaculizan el goce de los derechos y el ejercicio de las libertades, especialmente por los grupos de especial situación de vulnerabilidad, es decir, adultos mayores, niñas, niñas y adolescentes, mujeres, personas LGTBQI, personas migrantes, afrodescendientes, etc.

¹³⁵ Normalmente se entiende que la función legislativa en sentido estricto es ejercida por el Poder Legislativo, y en ese sentido se aborda en este trabajo, es posible que órganos distintos al Legislativo desarrollen esta función. Así, Néstor Pedro SAGÜÉS, señala entre quienes “emiten normas” al legislador constituyente, al legislador común, el Poder Ejecutivo y sus órganos, bancos centrales, agencias de recaudación de impuesto, las universidades autónomas, etc. Cfr. SAGÜÉS, N., “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, en *Estado constitucional y convencional*, BAZÁN, V; CASTRO RIVERA, E. y CUAREZMA TERÁN, direcs., Instituto de Investigaciones Jurídicas (INEJ) Nicaragua, Ispamer, 2017, pp. 51-60, p. 55.

¹³⁶ Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Excepciones Preliminares y Fondo*, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C N° 179, p. 122. Notas al pie del original borradas.

Por otra parte, cabe hacer presente que la obligación de artículo 2 de la Convención Americana, “tiene también 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.”¹³⁷ No es indiferente la función legislativa en materia de protección de los derechos humanos: el Poder Legislativo y el Ejecutivo como colegislador cumplen, en mi opinión, una tarea fundamental para asegurar el ejercicio de los derechos y libertades, y sólo cuando él falle en su tarea, el Poder Judicial actuará, pues “permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”¹³⁸ Este es el mecanismo implícito en la configuración del control que analizamos: si un órgano no cumple con su obligación, otro actúa protegiendo los derechos.

4. Las medidas de otro carácter como complemento de las disposiciones legislativas

El artículo 2 de la CADH, como se dijo, dispone que el Estado para cumplir con su obligación de respeto y garantía de los derechos y libertades que ella reconoce, debe adoptar disposiciones legislativas, pero además aquellas “otras medidas” para cumplir con el objeto y fin del Pacto. Es necesario, entonces, “el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. (...) Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden jurídico, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención.”¹³⁹

El desarrollo de prácticas estatales viene a complementar las medidas legislativas, cuya finalidad se cumple, en opinión de GARCÍA, “una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’ [de la Convención], 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”¹⁴⁰.

¹³⁷ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 123.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C N° 209, párr. 338.

¹⁴⁰ GARCÍA RAMÍREZ, S., *Voto Razonado en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158, párr. 8.

Ahora bien, ¿cuándo se cumple la obligación de adoptar disposiciones de Derecho doméstico? La Corte Interamericana, sostuvo en su fallo sobre el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, que esta se cumple “cuando efectivamente se realiza la reforma y cuando dicha reforma abarca todas las normas que impiden el ejercicio de los referidos derechos y libertades.”¹⁴¹ Sin embargo, las reformas legislativas por si mismas no son suficientes: la obligación que se comenta, sólo se entiende cumplida, según señala la Corte en el caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, “cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella.”¹⁴² Desde esta perspectiva, entonces, se trata de una actividad continua que exige adecuación normativa, gubernamental y social. Por tanto, “el éxito de la eficacia y efectividad de los derechos humanos en un determinado espacio depende única y exclusivamente del Estado”¹⁴³, quien asume en ese espacio las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos, adaptando todas sus estructuras para cumplir con este fin.

Por otra parte, la Corte Interamericana señala en su sentencia sobre *Almonacid Arellano vs. Chile*, que si “el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana”¹⁴⁴, proceden las medidas de otro carácter, las que en opinión de 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”¹⁴⁵, por lo que el órgano jurisdiccional “permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.”¹⁴⁶

¹⁴¹ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C 135, párr. 89.

¹⁴² Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C N° 39, párr. 69.

¹⁴³ QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y el sistema interamericano*, ob. cit., p. 348.

¹⁴⁴ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 123.

¹⁴⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., p. 17.

¹⁴⁶ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 123.

En opinión de REY CANTOR, “las sentencias [judiciales] son medidas de otro carácter que podrían solucionar la obligación internacional de garantía (...), el juez ordinario aplicaría directa e inmediatamente la Convención Americana, protegiendo los derechos humanos...”¹⁴⁷ Sin duda, la acción de los tribunales de justicia viene a complementar la actividad del legislador cuando no adopta las reformas legislativas o bien adoptándolas, no se ajustan a los términos de la Convención.

Por otra parte, hay que señalar que un gran número de casos conocidos por la Corte Interamericana, están “vinculados a situaciones estructurales de violaciones de derechos humanos, [e] imponen la necesidad de adoptar medidas coordinadas por parte de distintas autoridades locales para evitar que dichas situaciones sigan provocando víctimas de violaciones de derechos humanos”¹⁴⁸, piénsese, por ejemplo, en la situación que afectan a las mujeres privadas de libertad o en las personas pertenecientes a las comunidades indígenas, migrantes, etc. Las soluciones deben estar dirigidas a eliminar las fuentes que las generan estas situaciones estructurales. Colaboran a este objetivo las garantías de no repetición, esto es, aquel “conjunto de medidas que van desde los cambios legislativos, la implementación de procedimientos administrativos, los cambios institucionales, la puesta en marcha de mecanismos de control o formación de funcionarios en campo de los derechos humanos o protocolos internacionales”.¹⁴⁹

El respeto y garantía de los derechos humanos, como se ve, exige un trabajo constante: no termina con la adecuación del Derecho nacional en los términos de la norma convencional. En consecuencia, gran parte de las medidas que debe adoptar el Estado se relacionan “con cambios más estructurales, [y] el impacto de la voluntad política es muy evidente en ellas.”¹⁵⁰ Por tanto, la reflexión sobre el rol del legislador desde el ejercicio de su función, en materia de respeto y garantía de los derechos humanos, cobra relevancia,

¹⁴⁷ REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, ob. cit., p. 6.

¹⁴⁸ NASH ROJAS, C., *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2ª ed., Universidad de Chile – Facultad de Derecho - Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2009, p. 61.

¹⁴⁹ MARTÍN BERESTIAN, C., *Diálogos sobre la reparación: experiencias en el sistema interamericano de derecho humanos*, tomo 2, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008, p. 461.

¹⁵⁰ *Ídem*, p. 462.

ya que las políticas públicas que pueden generar cambios significativos requieren de iniciativas legislativas.

5. Los Derechos Humanos como límite al poder de las mayorías democráticas

En la actualidad, según afirma GARCÍA, “Derechos humanos y democracia se reclaman y condicionan mutuamente; lo que ocurre en un extremo repercute en el otro, como que son caras de una sola medalla.”¹⁵¹ Se relaciona también con la “interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción”¹⁵². La democracia como sistema político exige el respeto de los derechos humanos bajo los estándares establecidos en los tratados internacionales sobre la materia¹⁵³. ¿Los derechos humanos constituyen un límite para el legislador?

El Estado al momento de ratificar un tratado, siguiendo los procedimientos establecidos en su propia Carta Fundamental, consiente, “en el ejercicio de su potestad pública (...) 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 que se expresa en el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales, los cuales se constituyen como un límite al ejercicio del poder estatal”¹⁵⁴, de manera que en el ejercicio de esa potestad asume las obligaciones establecidas por un tratado y no por mandato de una autoridad externa.

¹⁵¹ GARCÍA RAMÍREZ, S., “La ‘Navegación Americana’ de los Derechos Humanos: hacia un *ius commune*”, en BOGDANDY, A.V., FIX-FIERRO, H., MORALES ANTONIAZZI, M., coords., *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público comparado y Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2014, pp. 450-500, p. 460.

¹⁵² Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención...*, ob. cit., párr. 32.

¹⁵³ En este sentido “la jurisprudencia interamericana 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; esta condición precaria propicia violación a derechos humanos y enrarece la operación de sus garantías.” GARCÍA RAMÍREZ, S., “La ‘Navegación Americana’ de los Derechos Humanos: hacia un *ius commune*”, ob. cit., p. 492.

¹⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El Control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., p. 16.

Con todo, el deber ser y los hechos rara vez son coincidentes. Como afirma QUINCHE RAMÍREZ, “un hecho corriente en América Latina es que la normatividad de los distintos Estados (es decir, la Constitución, las leyes, los decretos y las demás normas de los sistemas estatales) sea expedido sin tener en cuenta el derecho internacional en general, y muy especialmente el de los derechos humanos”¹⁵⁵. Así, por ejemplo, para establecer normas contrarias a las obligaciones convencionales se invoca “como fundamento el principio de soberanía nacional o la doctrina de la seguridad nacional”¹⁵⁶, la reconciliación nacional¹⁵⁷, o las recientemente circunstancias excepcionales generadas a partir pandemias sanitarias.¹⁵⁸

La Corte IDH, se ha pronunciado sobre la existencia de normas jurídicas contrarias *per se* a la CADH. En la OC N° 94/1994, se analiza la responsabilidad internacional del Estado por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la CADH, en relación con los artículos 1 y 2 de la misma, concluyendo por unanimidad que “la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.”¹⁵⁹

¹⁵⁵ QUINCHE RAMÍREZ, M., *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 31.

¹⁵⁶ *Ídem*, p. 32.

¹⁵⁷ Entre los fundamentos para dictar leyes de amnistías se encuentran, por ejemplo: “2°- El imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos”, Decreto Ley N° 2.191, *Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala*, publicada en el Diario Oficial de 19 de abril de 1978. Disponible en: <http://bcn.cl/1v3xd>, (consultada el 4 de febrero de 2020).

¹⁵⁸ Las difíciles y desconocidas circunstancias generadas a partir de pandemias de alcances globales, por ejemplo, la pandemia por COVID 19, que a la fecha de elaboración de la esta investigación, alcanza dimensiones antes desconocidas, constituyen en verdadero desafío para la protección de los derechos de todas las personas, especialmente para aquellas que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad, puesto que si en circunstancias normales la Democracia no es garantía de protección como afirma la Corte en *Gelman vs. Uruguay*, menos lo puede ser ante situaciones de conmoción planetaria. Por tal razón, el Poder Legislativo, facultado para generar normas generales, no puede perder de vista que su función es proteger y promover los derechos humanos en toda circunstancia y no podría, por ejemplo, so pretexto de proteger la vida de los adultos mayores aplicar indultos que incluyan a los condenados por delitos de lesa humanidad, contraviniendo sus obligaciones internacionales.

¹⁵⁹ Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención...*, ob. cit., párr. 58, N° 1.

La conclusión anterior se basa en la distinción entre leyes de aplicación no inmediata e inmediata. Las primeras, “[n]o representa, *per se*, violación de los derechos humanos”¹⁶⁰, puesto que “es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella.”¹⁶¹ Mientras la ley no produzca sus efectos, podrá el legislador modificarla o anularla. Asimismo, la CIDH en uso de sus facultades podrá “recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto”¹⁶², ya sea mediante informes o bien directamente.

Tratándose de leyes de aplicación inmediata “la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición”¹⁶³. Esta disposición tuvo, según afirma QUINCHE RAMÍREZ, una consecuencia inmediata: “la Corte comenzaría a declarar la responsabilidad internacional de distintos Estados, en aquellos casos que expidieran normas internas que violaran la Convención Americana.”¹⁶⁴ En la sentencia sobre el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, la Corte declaró que el “último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma”¹⁶⁵, pues establece una excepción que “despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados”.¹⁶⁶

Años más tarde, la línea jurisprudencial iniciada en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, tendrá, en mi opinión, su punto culmine en la sentencia de *Fondo, Reparaciones y Costas* del caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*, donde la Corte Interamericana establece claramente que: “la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u

¹⁶⁰ *Ídem*, párr. 42.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ídem*, párr. 39.

¹⁶³ *Ídem*, párr. 43.

¹⁶⁴ QUINCHE RAMÍREZ, M., *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 35.

¹⁶⁵ Corte IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C Nº 35, párr. 110, Nº 5.

¹⁶⁶ *Ídem*, párr. 98.

órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. (...) En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.”¹⁶⁷

La importancia de la sentencia en comento radica, en mi opinión, en el hecho de establecer una jerarquía material de la CADH: las constituciones deben cumplir con el estándar convencional en materia de derechos humanos, y en tal sentido, estos constituyen un límite para el legislador¹⁶⁸, por tanto, la Corte, ordenó al Estado chileno “modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”¹⁶⁹, es decir, reformar la Carta Fundamental.¹⁷⁰

En la sentencia sobre el caso *Gelman vs. Uruguay*, el Tribunal de San José fija una doctrina en cuya virtud: “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas”¹⁷¹. No es lícito, entonces, a las Asambleas Legislativas o Parlamentos transgredir las normas establecidas en los tratados, por ejemplo, la CADH, ni aún mediante mecanismos de democracia directa, como plebiscitos o referéndum, puesto que ese acto carece de efectos jurídicos. Menos

¹⁶⁷ Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, párr. 72.

¹⁶⁸ Este principio es reconocido en la Ley N° 21.200, que reformó la Constitución Política chilena con el fin de permitir la elaboración de una nueva Carta Fundamental. La reforma establece, en el artículo 135 introducido a la Constitución actual, que el texto propuesto para ser ratificado por la ciudadanía debe respetar, entre otros, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, dentro de los cuales se ubican los tratados sobre derechos humanos. Cfr. Ley N° 21.200, *Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República*, publicada en el Diario Oficial de 24 de diciembre de 2019. Disponible en: <http://bcn.cl/2ckor>, (consultada el 5 de febrero de 2020).

¹⁶⁹ Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 103, N° 4.

¹⁷⁰ El mandato de la Corte Interamericana fue cumplido con la dictación de la Ley N° 19.742, *Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística*, Diario Oficial de 25 de agosto de 2005. Disponible en: <http://bcn.cl/20y11>, (consultada el 5 de febrero de 2020).

¹⁷¹ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C N° 221, párr. 239.

podrán esgrimir como argumento: “los deseos libremente expresados por su población.”¹⁷²

Es importante destacar la doctrina de la Corte sentada en el caso *Gelman vs. Uruguay*, ya que “constituye – en opinión de QUINCHE RAMÍREZ- el punto de llegada de dos líneas jurisprudenciales más consolidadas de la Corte Interamericana: la línea que desarrolla la regla de prescripción de las leyes de amnistía, indultos y perdones, y la línea de control de convencionalidad”¹⁷³. La sentencia fija límites a las mayorías democráticas y la exigencia de requisitos formales y materiales para los regímenes democráticos puedan ser calificados como tal.¹⁷⁴ El respaldo mayoritario de la ciudadanía a ciertas normas que establecen restricciones no permitidas por el DIDH, no “concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional.”¹⁷⁵

El límite a la decisión de las mayorías, según la Corte Interamericana, se fundamenta en dos aspectos: la tutela a los derechos fundamentales y la sujeción de los poderes públicos a la ley.¹⁷⁶ A título de ejemplo, cita el derecho a la vida y la libertad personal, como derechos que se encuentran fuera de la esfera de decisión de las mayorías, ni aun cuando cuente con el apoyo mayoritario de la ciudadanía, se puede establecer una norma que limite estos derechos, constituyendo un límite absoluto.¹⁷⁷

¿Qué garantiza el esquema de protección diseñado en la jurisprudencia de la Corte IDH? Podemos responder, junto BOBBIO, que: “sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos.”¹⁷⁸ Para cumplir este objetivo, la Corte ha desarrollado paulatinamente su doctrina del control de convencionalidad, la que en la palabras de su Ex Presidente Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “se ha convertido en

¹⁷² Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C Nº 169, párr. 5.

¹⁷³ QUINCHE RAMÍREZ, M., *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 77.

¹⁷⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, ob. cit., párr. 239.

¹⁷⁵ *Ídem*, párr. 238.

¹⁷⁶ Cfr. *Ídem*, párr. 239.

¹⁷⁷ Cfr. *Ibidem*.

¹⁷⁸ BOBBIO, N., *El tiempo de los Derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 14.

un instrumento especialmente útil para aplicar cotidianamente la *Convención Americana* y, en general, el corpus *iuris interamericano*¹⁷⁹, por parte de todas las autoridades de un Estado parte de la Convención y en lo que nos interesa en esta investigación, por parte de quienes ejercen la función legislativa y que se analiza a continuación.

CAPÍTULO II: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. La doctrina del Control de Convencionalidad en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El control de convencionalidad es una noción cimentada en forma progresiva por la Corte IDH¹⁸⁰ y es uno de sus aportes más relevantes al DIDH.¹⁸¹ Su evolución implica el paso desde el “control propio, original o externo de convencionalidad [que] recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales”¹⁸², al control convencional interno que debe efectuar cualquier autoridad pública¹⁸³, quienes deben controlar “la congruencia entre actos internos —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del derecho internacional”.¹⁸⁴

¹⁷⁹ FERRER MAC-GREGOR, E., “Prefacio del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en STEINER, C. y FUCHS, MC., eds., *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentarios*, 2ª ed., Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019, pp. V-VII, p. VII.

¹⁸⁰ AMAYA, J.A., *Control de constitucionalidad y convencionalidad*, El Jurista, 2ª ed., Santiago de Chile, 2018, p. 364.

¹⁸¹ Desde que el Pleno de la Corte Interamericana, adopta por primera vez el control de convencionalidad en el párrafo 124 de la sentencia sobre el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en el año 2006, se ha referido a este instituto en numerosas oportunidades. Sobre el particular se puede consultar: SILVA ABBOTT, M., “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”, en SILVA ABBOTT, M., coord., *Una visión crítica del sistema interamericano de derechos humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 177-216, p. 186-188.

¹⁸² GARCÍA RAMÍREZ, S., “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año v, n° 28, julio – diciembre, 2011, pp. 123-159, p. 126.

¹⁸³ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, ob. cit., párr. 239.

¹⁸⁴ GARCÍA RAMÍREZ, S., “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., p. 126.

La doctrina en estudio, que “no tiene un desarrollo lineal ni absolutamente coherente”¹⁸⁵, responde, según sostiene el profesor NOGUEIRA, a la necesidad de “recordar los deberes de los órganos y autoridades de los Estados parte de respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente y de adecuar el derecho interno estatal cuando se encuentre por debajo de los estándares convencionales.”¹⁸⁶ Dicho de otro modo, “así como la supremacía de la Constitución requiere que se controle para que sea real y efectiva, (...) la supremacía de la Convención Americana de Derechos Humanos exige también que se lleve a cabo igual control.”¹⁸⁷

Por otra parte, se puede afirmar que el control de convencionalidad “entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden”¹⁸⁸, cuyo fin último es la protección de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado. Por tanto, constituye un instrumento relevante en la construcción y consolidación del SIDH en la actualidad; y se traduce en “el mejor imperio del Estado de derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano (...) con vistas a la formación de un *ius commune* del mismo alcance geográfico jurídico”¹⁸⁹, y comprende a la CADH, al resto de tratados del SIDH y la jurisprudencia de la Corte.¹⁹⁰

¹⁸⁵ SAGÜÉS, N., “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, ob. cit., p. 31.

¹⁸⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *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*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2018, p. 35.

¹⁸⁷ ÁBALOS, M.G., “La aplicación del control de convencionalidad por los tribunales argentinos: diez aspectos claves”, en NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., coords., *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Triángulo, Santiago de Chile, 2017, pp. 110-153, p. 111.

¹⁸⁸ GARCÍA RAMÍREZ, S., “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., p. 128.

¹⁸⁹ *Ídem*, p. 127.

¹⁹⁰ En concordancia con lo señalado por la Corte IDH en el párrafo 115 de la Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999 y el artículo 29, literal b), de la CADH, el profesor Nogueira Alcalá, menciona entre los tratados que forman “del corpus iuris y del parámetro de control interamericano en la tarea de respeto y garantía de los derechos, los tratados del sistema de Naciones Unidas de derechos humanos, las convenciones de Naciones Unidas sobre protección de derechos específicos, las convenciones y declaraciones complementarias del sistema interamericano: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, la Convención

Ahora bien, ¿qué sucede si el legislador introduce en el ordenamiento jurídico una norma contraria a la Convención? El SIDH tiene carácter subsidiario del derecho interno¹⁹¹, luego sus órganos de protección sólo actúan, por regla general, cuando se han agotado los recursos judiciales internos establecidos en el ordenamiento jurídico del Estado. En esta línea, se podría entender que “el Legislativo [ha] falla[do] en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, [por tanto,] el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”¹⁹². En este caso, el juez nacional, se transforma “en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de [la] Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) y a la población de los Estados parte del SIDH en sujetos de derecho interamericano, porque es a éstos a quienes está dirigida la serie de derechos y libertades previstas en los tratados.”¹⁹³ Con todo, el “fracaso” del titular de la función legislativa en su deber de garantizar los derechos, es el argumento para que el juez nacional actúe ejerciendo el control de convencionalidad de una norma que no cumple los estándares convencionales.

Sin embargo, para VIO GROSSI, “la Convención debe ser aplicada e interpretada como parte del derecho interno del correspondiente Estado y por su órgano competente, más no indica [la Corte] que el control de convencionalidad deba hacerse en contra de lo

Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Carta de Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, sin que ello sea taxativo); los convenios de la OIT, y todo otro tratado o convención, ratificados por el respectivo Estado.” NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, 2da época, año 13, n° 15 (julio), 2017, pp. 143-200, p. 161-162.

¹⁹¹ Explicando este punto el jurista chileno Humberto Nogueira, sostiene que “subsidiario”, quiere decir que éste tiene lugar cuando los controles jurisdiccionales internos fallan (y fallan porque todos los poderes del Estado, incluido el Legislativo han fracasado en su tarea de respetar y garantizar los derechos), en cuyo caso el único amparo que tendría la persona es ocurrir al SIDH para obtener protección. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...* ob. cit., p. 19.

¹⁹² Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 123.

¹⁹³ MARTÍNEZ LAZCANO, A.J., “Transformación del control de convencionalidad concentrado al difuso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Primera Instancia*, vol. 7, n° 13, julio-diciembre, 2019, pp. 11-52, p. 14.

que disponga el ordenamiento jurídico interno”¹⁹⁴, esto es, por sobre la legislación doméstica establecida de acuerdo con sus procedimientos constitucionales. Asimismo, considera el jurista chileno que “el control de convencionalidad por parte de órganos del Estado es más bien de carácter preventivo, esto es, conforma más bien una obligación de comportamiento, (...) y no de resultado, como sería si se exigiera que en el evento de contradicción entre la norma interna y la Convención, el correspondiente órgano estatal debería hacer prevalecer, en el orden jurídico interno y a todo evento, lo prescrito en esta última.”¹⁹⁵

No obstante lo anterior, la Corte IDH en el caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile, al ordenar al Estado chileno modificar su Carta Fundamental, fija un estándar, en virtud del cual, ninguna norma de derecho nacional, cualquiera sea su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico del Estado, puede apartarse de sus disposiciones.¹⁹⁶ Esta línea argumentativa es reforzada en el fallo *Gelman vs. Uruguay*, al sostener que las normas internacionales de protección de los derechos humanos, reconocidas en la CADH, constituyen el límite a la legitimación de hechos y actos en una sociedad democrática.¹⁹⁷ Pero si el legislador “falla” en su función legislativa, los jueces continúan como garantes de los derechos y libertades reconocidas convencionalmente.

Los distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana que fijan su jurisprudencia en diversas materias¹⁹⁸, en opinión de GARCÍA, “deben trasladarse, en la

¹⁹⁴ VIO GROSSI, E., “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXIV, 2018, pp. 311-335, p. 317.

¹⁹⁵ *Ídem*, p. 318.

¹⁹⁶ La Corte Interamericana, decide ordenar al Estado chileno modificar las disposiciones de Derecho interno que permitían la censura previa, esto es, el N° 12 de artículo 19 de la Constitución Política de 1980. Cfr. Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 88 y 103, N° 4.

¹⁹⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, ob. cit. 239.

¹⁹⁸ La Corte Interamericana de Derecho Humanos, ha desarrollado cinco líneas jurisprudenciales en materia de protección de los derechos humanos, las que se consolidan mediante el control de convencionalidad, como instrumento para aplicar la CADH y el *corpus iuris* interamericano. La primera de estas líneas jurisprudenciales, se inicia con el fallo sobre el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras* de 1988, y dice relación con desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres, tortura, pena de muerte y leyes de amnistía; la segunda, sobre derechos humanos de personas y grupos en situación o condición de vulnerabilidad, desarrollando estándares relativos a personas mayores, mujeres víctimas de la violencia de género, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas LGTBIQ, migrantes,

forma y términos que provea el Derecho interno --que son el puente entre el sistema internacional y el nacional--, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional.”¹⁹⁹ El instrumento adecuado para cumplir con esta tarea es el control de convencionalidad: el Estado parte de la CADH aplica en el ámbito interno los estándares establecidos por el órgano encargado de fijar el sentido y alcance de las normas de la misma.

2. El origen del Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde su instalación el 3 de septiembre de 1979, “ha realizado una labor que se ha ido consolidando y madurando y de la que da buena muestra la calidad de su jurisprudencia”²⁰⁰, entre las cuales destaca por sus efectos el control de convencionalidad, cuya formulación, en opinión de SAGÜÉS, “es de tipo aluvional: va creciendo con la sedimentación de diferentes casos donde el referido tribunal formula explicitaciones y avances”.²⁰¹

Al referirse al origen del control de convencionalidad los autores se remiten al primer fallo de la Corte IDH en que aparece la expresión.²⁰² Sin embargo, es posible distinguir, siguiendo al jurista colombiano QUINCHE RAMÍREZ, dos momentos: el primero toma

refugiados, refugiadas, personas privadas de libertad, desplazados forzados, solicitante de asilo, defensoras y defensores de derechos humanos, periodistas, y personas en situación de pobreza; la tercera relativas a las temáticas relacionadas con la democracia y el ejercicio de las libertades; la cuarta relativa al desarrollo del concepto de reparación integral; y finalmente, sobre la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Cfr. FERRER MAC-GREGOR, E., “Prefacio del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ob. cit., pp. V-VII.

¹⁹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, S., *Voto Concurrente Razonado en el Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114*, párr. 6.

²⁰⁰ FERNÁNDEZ LIESA, C., *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, ob. cit., p. 338.

²⁰¹ SAGÜÉS, N., “Nuevas fronteras del control de convencionalidad...”, ob. cit., p. 31.

²⁰² Mario Midón sostiene que existe acuerdo entre los publicistas respecto de la primera vez que se utilizó la expresión “control de convencionalidad”. Cfr. MIDÓN, M., *Control de convencionalidad*, Editorial Astrea SRL, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 73.

como referencia la violación *per se* de la Convención y el segundo se centra en el uso de la expresión en los diversos fallos de fondo de la Corte IDH.²⁰³

La primera noción sobre el control de convencionalidad, pese a no denominarse como tal, se encuentra en la idea de violación *per se* de la CADH, a partir del cotejo de la norma de derecho interno, llámese Constitución o ley, y las normas convencionales. En la OC N° 14/94, se analiza la responsabilidad internacional del Estado parte por expedir y aplicar normas manifiestamente violatorias de la Convención, concluyendo que tratándose de “leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición.”²⁰⁴

Una hipótesis comprendida en el punto anterior sería, por ejemplo, “una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza.”²⁰⁵ En consecuencia, una ley que “afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional”²⁰⁶ al incumplir las obligaciones generales de carácter convencional.²⁰⁷

El primero que se refirió y hizo uso del término “control de convencionalidad”, punto sobre el cual existe consenso²⁰⁸, fue el jurista mexicano y ex Presidente de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez en su Voto Razonado Concurrente en el *Caso*

²⁰³ QUINCHE RAMÍREZ, M., *El control de convencionalidad*, ob. cit., p. 28-29.

²⁰⁴ Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención...*, ob. cit., párr. 43.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ *Ídem*, párr. 50.

²⁰⁷ Entre los fallos en que la Corte IDH se refiere a la materia, se pueden citar, por ejemplo, el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35, párr. 99 (parte de una norma); *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, p. 207 (legislación de emergencia para combatir el terrorismo); “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, párr. 88 (disposición contenida en el N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República 1980); *Barrios Altos vs. Perú, Fondo*, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75, párr. 41 (incompatibilidad de las leyes de amnistía, disposiciones de prescripción y establecimiento de exclusión de responsabilidad).

²⁰⁸ AMAYA, J.A., *Control de constitucionalidad y convencionalidad*, ob. cit., p. 365.

*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*²⁰⁹. En él, refiriéndose al principio de invisibilidad de la responsabilidad del Estado, señaló: “[n]o es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del 'control de convencionalidad' que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.²¹⁰ Posteriormente, precisa su postura en el caso *Tibi vs. Ecuador*²¹¹. Para GARCÍA, la jurisdicción de la Corte está vinculada al control de convencionalidad, mismo que no pueden obviar los Estados parte de la CADH.

La doctrina del control de convencionalidad despliega sus efectos en dos ámbitos: el internacional y en el doméstico o nacional. En el primero actúa la propia Corte Interamericana, llamado, como se dijo, control “propio” o “concentrado”. SAGÜÉS, habla de niveles: “en el superior, está el material *controlante*, o *de referencia*, que goza de una suerte de supremacía (...), y en el inferior el *material controlado*”²¹². En este ámbito la Corte “analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa.”²¹³ En esta función, según IBAÑEZ, la Corte “reitera los estándares establecidos en sobre el control de convencionalidad, y otra en la que aprovecha el marco fáctico del caso y los debates jurídicos del mismo para realizar precisiones respecto a dicha herramienta.”²¹⁴

²⁰⁹ Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101.

²¹⁰ GARCÍA RAMÍREZ, *Voto Concurrente Razonado en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101, párr. 27.

²¹¹ El su Voto Concurrente Razonado comenta que tribunales constitucionales como la Corte persiguen fines semejantes: los primeros “procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.” GARCÍA RAMÍREZ, S., *Voto Concurrente Razonado en el Caso Tibi vs. Ecuador*, ob. cit., párr. 3.

²¹² SAGÜÉS, N., “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad”, *Revista IUS ET VERITAS*, n° 50, julio 2015, pp. 292-297, p. 293.

²¹³ GARCÍA RAMÍREZ, S., *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos Distrito Federal y Corte Interamericana de Derechos Humanos, México DF., 2006, p. 52.

²¹⁴ IBAÑEZ RIVAS, J.M., *El Control de Convencionalidad*, ob. cit., p. 56.

En el ámbito doméstico, el control de convencionalidad es “una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados.”²¹⁵ En este caso, según afirma GARCÍA, se trata de “una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional).”²¹⁶ Por tanto, para el Poder Legislativo, es también una obligación que debe observar en el ejercicio de las facultades que le concede el ordenamiento jurídico.

3. Evolución de la doctrina del Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Desde que la Corte IDH introdujo formalmente la doctrina del control de convencionalidad en el SIDH, es posible identificarla en una serie de sentencias en las que se observa la evolución de la jurisprudencia de la Corte sobre la materia.²¹⁷ Siguiendo a QUINCHE RAMÍREZ, pasamos al segundo estadio o momento del origen y evolución del control convencionalidad.²¹⁸

El párrafo 124 de la sentencia del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, es el primero en que aparece citado el término “control de convencionalidad” y es el punto de partida en el contexto del SIDH:

²¹⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

²¹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, S., “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., p. 127.

²¹⁷ En el desarrollo del control de convencionalidad, los autores suelen señalar los siguientes fallos de la Corte: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006); *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006); *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010); *Gelman vs. Uruguay* (2011). Se suma a la lista la Resolución de Supervisión de Cumplimiento *Gelman vs. Uruguay* (2013). Cfr. SILVA ABBOTT, M., “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”, ob. cit., p. 188. Ver también: CASTILLA JUÁREZ, ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 51-97, p. 68 – 79, p. 56-68.

²¹⁸ Interesa para los fines del presente trabajo analizar el control de convencionalidad desde el punto de vista de los sujetos obligados a su realización y la forma en que se configuran, en diversos fallos, sus características.

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “*control de convencionalidad*” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”²¹⁹

Los jueces interamericanos en su fallo sobre el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, establecen la misión clásica del control de convencionalidad²²⁰, y parten reconociendo la obligación de los órganos del Estado, en el caso, los tribunales, de respetar y aplicar el Derecho interno, la que se debe armonizar con las asumidas por el Estado al ratificar un tratado internacional, por ejemplo, la CADH, quedando sometido también a sus normas, cuidando que estas no se vean menoscabadas frente a las normas internas.

Otro aspecto que destacar del fallo *Almonacid Arellano*, es la consecuencia que la Corte atribuye a las normas contrarias a la Convención: carecen de efectos jurídicos desde su inicio²²¹. Este último punto es relevante para nuestra investigación: las normas que los legisladores dicten deben ajustarse a los estándares convencionales so pena de carecer de efectos jurídicos.²²²

²¹⁹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 124. La cursiva es nuestra.

²²⁰ SAGÜÉS, N., “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, ob. cit., p. 52.

²²¹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 119 y 124.

²²² La declaración de la Corte Interamericana sobre este punto, plantea una serie de cuestionamientos: en primer lugar, afectaría la distribución de competencias establecidas en la Constitución Política del Estado, en cuanto a la creación, modificación y derogación de las normas jurídicas, función que, en un esquema de separación de poderes, corresponde al Poder Legislativo. En segundo lugar, radica en el Poder Judicial la facultad para determinar qué normas deben entenderse derogadas tácitamente de acuerdo a la interpretación realizada por la Corte. Cfr. FUENTES TORRIJO, X. y PÉREZ FARÍAS, D., “El efecto directo del Derecho Internacional en el Derecho chileno”, ob. cit., p. 122 y 131.

¿Cuándo el legislador viola la Convención Americana? Lo hace “cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma”²²³ careciendo de importancia, para estos efectos, “el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él”.²²⁴ Por tanto, en mi opinión, la función del legislador es decisiva para lograr los fines que persigue la Convención, evitando generar normas contrarias a su objeto y fin.²²⁵

En un primer momento, la Corte Interamericana sostuvo que el Poder Judicial debía realizar “una *especie* de control de convencionalidad”²²⁶, es decir, algo “semejante”, “similar” a la tarea de los jueces interamericanos. Una actividad tendiente a cotejar las normas de Derecho interno y la CADH, junto a la interpretación de estas hechas por la Corte como interprete última, según lo dispone el artículo 62.3²²⁷. Sienta además, el principio según el cual los jueces “permanecen vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”²²⁸ cuando el Legislativo no cumple con el deber emanado del artículo 2 del Pacto de San José.

Posteriormente, en *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, la Corte IDH reitera lo dicho en *Almonacid Arellano vs. Chile* e incorpora nuevos parámetros que forman parte de la doctrina en la actualidad²²⁹: i) su ejercicio importa preservar el efecto útil de la Convención, que puede verse mermado por la creación y aplicación de leyes contrarias a ella; ii) debe ser realizado *ex officio*, esto es, sin necesidad de requerimiento de parte, aspecto que refuerza la obligatoriedad de la doctrina con el

²²³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 120.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ Cfr. *Ídem*, párr. 124.

²²⁶ *Ibidem*. La cursiva es nuestra.

²²⁷ “Artículo 62.3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”

²²⁸ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 123.

²²⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 128.

objeto de que el Estado cumpla su obligación de protección; y iii) en el marco de las respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes²³⁰. Desde este momento se empezó hablar directamente de “control de convencionalidad”.

En la sentencia sobre el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*²³¹, la Corte IDH da un paso más: “[l]os jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” (...). En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”²³² A partir del caso citado, se advierte la intención de la Corte por ir precisando los sujetos obligados a realizar el control de convencionalidad, con el objeto de configurar una protección multinivel de los derechos convencionales.

El fallo citado, junto con confirmar los parámetros del control de convencionalidad, amplía los sujetos obligados a realizarlo. Entre estos órganos, según enseña NOGUEIRA, se encuentran: “los tribunales constitucionales, a los órganos que ejerzan jurisdicción electoral, y a todo juez especial que determina el ordenamiento jurídico nacional, además de los jueces ordinarios de todas las instancias”.²³³ En esta línea argumentativa, quedarían comprendidas las policías, fiscalías y defensorías, en cuanto se vinculan con la administración de justicia.

La configuración del control de convencionalidad experimentó un cambio importante a partir del fallo sobre el *Caso Gelman vs. Uruguay*, el que en mi opinión, se enmarca en el espíritu de lo señalado en *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*: “todas las

²³⁰ Este último aspecto es conocido como “Cláusula Aguado Alfaro”. Según González Domínguez, “establece el primer límite al control de convencionalidad *ex officio*, de forma tal que las autoridades no pueden actuar más allá de las facultades y las competencias que les otorga la legislación nacional.” GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La relación de la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional, Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n° 38, enero-junio, 2018, pp. 199-226, p. 212. La cursiva es nuestra.

²³¹ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C N° 220.

²³² *Ídem*, párr. 225.

²³³ NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Los desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, n° 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1167-1220, p. 1176.

estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, [se deben organizar] de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”²³⁴ como fin último de la acción del Estado.

La sentencia sobre el *Caso Gelman vs. Uruguay*, junto con confirmar los elementos del control de convencionalidad, amplía su frontera: no solo a los jueces y a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles²³⁵ les corresponde realizar el control de convencionalidad, sino que es función de toda autoridad pública²³⁶, puesto que “[l]a sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.²³⁷

A partir de *Gelman vs. Uruguay*, es claro que actividad legislativa no escapa al control de convencionalidad. El hecho de que una determinada ley, que cumpla todos los requisitos establecidos en la Constitución del Estado para ser considerada como tal, incluso “ratificada o respaldada por la ciudadanía (...) no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley [de Caducidad], utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia –recurso de referéndum (...) y –plebiscito (...) se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.”²³⁸ Las normas sobre protección de los derechos humanos, entonces, constituyen un límite infranqueable para el legislador.²³⁹

La evolución de la doctrina jurisprudencial sobre el control de convencionalidad no se detiene. La Corte Interamericana, ha establecido la necesidad de contar con ciertas garantías para ejercer el control, puesto que “resulta preocupante la intimidación y presión

²³⁴ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, ob. cit., párr. 166.

²³⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, ob. cit., párr. 193.

²³⁶ Cfr. *Ídem*, párr. 239.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ *Ídem*, párr. 238.

²³⁹ La jurisprudencia establecida en el caso *Gelman vs. Uruguay* rompe con el concepto tradicional de soberanía. Como sostiene Nogueira: “ello implica reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de tales derechos”. NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales”, ob. cit., p. 16.

que podrían enfrentar los operadores de justicia que, desde sus respectivas competencias, pretendan efectuar un control de convencionalidad”²⁴⁰, misma que pueden verse expuesto el legislador en el debate sobre un proyecto de ley.

4. El concepto y fundamento del ejercicio del Control de Convencionalidad

Desde que se incorporó el término “control de convencionalidad” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la doctrina ha intentado abordar diversos aspectos, entre ellos, los relativos a su concepto y fundamento, elementos necesarios para determinar su carácter vinculante para el Estado parte de la Convención.

4.1. Diversas aproximaciones sobre el concepto de Control de Convencionalidad

La abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana da luces de su esfuerzo para “garantizar unos estándares mínimos de protección [de] estos derechos, elaborados en el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos”²⁴¹, en este mismo contexto, los autores ofrecen diversos conceptos de control de convencionalidad, incluso la Corte, ya sea desde su objeto o bien desde sus características.

El control de convencionalidad, según la Corte, es “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.”²⁴² NASH, por su parte, sostiene que “es la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno. Su particularidad es que marca un punto de convergencia robusto entre

²⁴⁰ Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Teissen y otros 12 casos vs. Guatemala*, Resolución Medidas Provisionales y Supervisión de cumplimiento de Sentencia, de 19 de marzo de 2019, párr. 45.

²⁴¹ OLIVARES GALLARDO, A., “El control de convencionalidad como exigencia de los órganos no jurisdiccionales de la Administración del Estado”, en NOGUEERA ALCALÁ, H., y AGUILAR CAVALLO, G., coords., *El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Triángulo, Santiago – Chile, 2017, pp. 35-51, p. 37.

²⁴² Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión se cumplimiento de sentencia*, ob. cit., párr. 65.

los sistemas de protección nacional e internacional.”²⁴³ FERRER MAC-GREGOR, nos dice que se “trata de un estándar “mínimo” creado por dicho Tribunal internacional para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH.”²⁴⁴

Para REY CANTOR, es necesario distinguir, entre control de convencionalidad en sede internacional y en sede nacional. El primero de ellos es de competencia de la Corte IDH y el segundo del juez nacional. En ambos se realiza un examen de confrontación normativo entre las normas de la CADH y las normas de derecho interno. La Corte realiza el control en un caso concreto, dicta un fallo en el que podrá ordenar la modificación, derogación, anulación o reforma de una norma o práctica interna. El juez nacional, podrá no aplicar el derecho interno y aplicar la Convención, para proteger los derechos de la persona en el caso concreto.²⁴⁵ El concepto del autor refleja una idea bastante extendida, incluso hasta nuestros días, sobre el rol de los jueces como sujetos obligados a realizar el control de convencionalidad, pese a lo señalado por la Corte en su jurisprudencia.

El Profesor NOGUEIRA, por su parte, formula un concepto desde las obligaciones generales asumidas por el Estado parte de la CADH, especialmente la establecida en su artículo 2, los sujetos obligados a su realización y el fin perseguido por los tratados internacionales sobre derechos humanos²⁴⁶, resumiendo la evolución jurisprudencial sobre la doctrina del control de convencionalidad.

²⁴³ NASH ROJAS, C., “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, 2013, pp. 489-509, p. 490-491.

²⁴⁴ FERRER MAC-GREGOR, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año 9, n° 2, 2011, pp. 531 – 622, p. 532.

²⁴⁵ Cfr. REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, ob. cit., p. 46-47.

²⁴⁶ Conviene reproducir íntegramente el concepto dado por el profesor Nogueira, que resume el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH sobre la materia: “un control que emana de las obligaciones jurídicas internacionales de derechos humanos, específicamente, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 1 y 2, especialmente aquella determinada por el artículo 2º, de adoptar medidas “de otro carácter”, las que deben concretar todos los órganos, autoridades y funcionarios de los Estados parte, de oficio, tanto en la emisión, como la interpretación y aplicación del derecho interno, especialmente los órganos jurisdiccionales, lo que debe concretarse conforme al corpus iuris interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos contenciosos o en opiniones consultivas, aplicando

Finalmente, en opinión de BAZÁN, “el control de convencionalidad es un dispositivo que –en principio y siempre que sea adecuadamente empleado– puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales.”²⁴⁷ Sobre la base de un adecuado empleo del control de convencionalidad, como sostiene BAZÁN, es posible otorgar al Derecho interno, la efectividad necesaria para garantizar la protección y el ejercicio de los derechos humanos en una sociedad determinada, a partir de los estándares mínimos convencionales el particular.

4.2. El fundamento del control de convencionalidad y su importancia

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento del control de convencionalidad? Desde el punto de vista normativo, el control de convencionalidad se fundamenta en: el Derecho Internacional y aquellas establecidas en la CADH.²⁴⁸ Para AGUILAR, en el Derecho Internacional, se distinguen tres posibilidades: “Primero, en la imposibilidad de alegar impedimentos de derecho interno para no cumplir con las obligaciones derivadas del derecho internacional. Segundo, en la obligación del Estado de adecuar su orden jurídico interno al derecho internacional. Tercero, en la obligación del Estado de garantizar el goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales.”²⁴⁹ Por tanto, el control de convencionalidad se basaría en los artículos 26 y 27 de la Convención

preferentemente las normas sobre derechos asegurados y garantizados convencionalmente sobre las normas internas incompatibles con ellos y/o creando normas jurídicas, conductas y prácticas internas conforme a dicho corpus iuris, dentro del marco de las competencias y conforme al procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico nacional para cada órgano o autoridad, produciendo siempre un efecto útil y eficaz respecto del respeto y garantía de los derechos humanos asegurados por dicho corpus iuris, cumpliendo de buena fe el objetivo y fin convencional”. NOGUEIRA ALCALÁ, H., y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 50. Se omite la cursiva y negrilla del original del texto.

²⁴⁷ BAZÁN, V., “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 18, 2° semestre, 2011, pp. 63-104, p. 68.

²⁴⁸ Gonzalo Aguilar, señala además, como fundamento del control de convencionalidad, las normas constitucionales de cada Estado: “en aquellos casos en que la Constitución del Estado ha previsto expresamente la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre las normas infra constitucionales, o bien, la jurisprudencia nacional ha consagrado pretorianamente dicha superioridad.” Cfr. AGUILAR CAVALLO, G., “El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado”, *Revista Direito GV*, vol. 9, n° 2, julio/diciembre, 2013, pp. 721-754, p. 721.

²⁴⁹ *Ídem*, p. 722.

de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT) y en los artículos 1 y 2 de la CADH²⁵⁰, ubicados en el título “Enumeración de Deberes”.

No obstante lo anterior, un sector de la doctrina niega que exista en el derecho internacional una norma que reconozca la obligatoriedad del control de convencionalidad²⁵¹. La Corte Interamericana, en *Almonacid Arellano vs. Chile*, hace referencia expresa a la CVDT: “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser acatadas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”²⁵². Antes lo había señalado en la OC N° 14 de 1994.²⁵³

Los Estados al ratificar la CADH, como se ha dicho, se obligan en los términos de sus artículos 1.1 y 2. Por tanto, “la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que estos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, protección y promoción de dichos derechos.”²⁵⁴ Este punto es central: los artículos 1.1 y 2 fijan la conducta del Estado parte frente a la Convención; no se puede cuestionar, en mi opinión, la existencia de la obligación de quien ha ratificado la convención de respetar sus normas, incluyendo la interpretación de las mismas. Una cosa distinta es la forma como el Estado las cumpla.

Y, ¿cuál es la importancia de determinar el fundamento de este tipo de control? NASH, sostiene que interesa para “entender la importancia de realizar dicho control y para señalar que su ausencia implica que los Estados pueden comprometer su

²⁵⁰ Para NASH, el control de convencionalidad “encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las que emanan las obligaciones de los Estados por medio de la lectura conjunta de los artículos 1.1., 2, y 29 de la CADH”. Por tanto, el autor fundamenta la institución en estudio desde las normas de la Convención, lo que tiene cierta lógica, puesto que su origen se encuentra en la actividad de uno de los órganos del SIDH, con competencia para interpretar sus disposiciones. Cfr. NASH ROJAS, C., *Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia internacional en Chile: el proceso de reconfiguración de los derechos fundamentales y su impacto en la protección de grupos discriminados*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2018, p. 91.

²⁵¹ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, H., y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 50.

²⁵² Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 125.

²⁵³ Cfr. Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención...*, ob. cit., párr. 35.

²⁵⁴ NASH ROJAS, C., *Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia internacional en Chile...*, ob. cit., p. 91

responsabilidad internacional”.²⁵⁵ La determinación del fundamento del control de convencionalidad, entonces, resulta imprescindible para establecer la fuente de donde surge la obligación que recae sobre todas las autoridades y órganos de un Estado que ha ratificado la CADH de realizarlo, es decir, cuál es su fuente normativa que coloca el Estado frente a una obligación de Derecho Internacional.

Para el respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos en la CADH, por otro lado, la realización del control de convencionalidad es fundamental, pues permite establecer en las leyes domésticas estándares mínimos de protección de derechos y porque el respeto a los mismos, como señala la Carta democrática de la Organización de los Estados Americanos, “es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática”.²⁵⁶

5. La fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La doctrina sobre el control de convencionalidad se contiene en la jurisprudencia de la Corte, por lo mismo resulta lógico preguntarnos por la obligatoriedad de sus pronunciamientos y si esta tiene un efecto *erga omnes*.

Para empezar, se debe señalar que las normas del Derecho Internacional, y desde luego las del DIDH, nacen a partir de acuerdos entre los Estados. Su eficacia queda entregada a su buena fe, al no existir una estructura supranacional, al menos en el contexto Americano, que las haga cumplir coercitivamente. Ahora bien, por mandato del artículo 27 de la CVDT, los Estados tienen el deber de cumplir los compromisos asumidos de “buena fe, de acuerdo al principio básico de responsabilidad internacional: “*pacta sunt servanda*”, estándoles vedado invocar razones de orden interno para excusarse de cumplir sus obligaciones internacionales”²⁵⁷. En otras palabras, el Estado que soberanamente

²⁵⁵ NASH ROJAS, C., *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación*, Editorial Porrúa, México D.F., 2013, p. 193.

²⁵⁶ Organización de los Estados Americanos (OEA), *Carta democrática Interamericana*. Disponible en: <https://bit.ly/2XpJwq4>, (consultada el 10 de febrero de 2020).

²⁵⁷ IVANSCHITZ BOUDEGUER, B., “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, nº 1, 2013, pp. 275-332, p. 289.

asume un compromiso internacional debe ajustarse a él y cumplirlo de buena fe, sin que pueda invocar su Derecho interno para no cumplir, lo que es de toda lógica, puesto que lo contrario haría ineficaces las normas de los tratados.

La doctrina ha dicho que las resoluciones de la Corte “son obligatorias para el caso concreto, y en algunas circunstancias para los demás asuntos de la misma esencia”²⁵⁸, por ejemplo, en materia de crímenes de lesa humanidad, leyes de amnistía, etc. Sin embargo, “ninguna norma del Pacto de Costa Rica le da en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos a los decisorios de la Corte IDH. Salvo —reiteramos—, para el caso concreto”²⁵⁹. GOZAÍNI, afirma para casos similares la jurisprudencia de la Corte puede ser “[v]inculante porque el Estado (...) ha aceptado la jurisprudencia transnacional, pero no es obligatoria porque no se trata de un caso donde nuestro país está directamente afectado. En consecuencia, la orientación del pronunciamiento es una guía o una pauta.”²⁶⁰ Entonces, la obligatoriedad se sostiene en relación con el Estado parte denunciado por violación de la Convención, pero la jurisprudencia vincula a los Estados parte de la misma.²⁶¹

No genera problemas la situación referida a los fallos en que el Estado condenado es parte, ya que en virtud del artículo 68.1 de la Convención: “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte”. Pero ¿qué sucede con la obligatoriedad de los demás fallos de la Corte? GARCÍA, es enfático en señalar que: “[l]a CADH estatuye con claridad --y existe opinión común en este sentido-- que esas

²⁵⁸ HITTERS, J., “Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Pensamiento Constitucional*, n° 18, 2013, pp. 315-329, p. 330.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ GOZAÍNI, O.A., “El impacto de la jurisdicción del sistema interamericano en el derecho interno”, en ALBANESE, S., coord., *El control de convencionalidad*, Ediar, 1ª ed., Buenos Aires, 2018, pp. 81-112, p. 104.

²⁶¹ Por regla general, “obligatorio” y “vinculante” son utilizados en la doctrina como sinónimos. Sin embargo, para GOZAÍNI existiría un matiz: la jurisprudencia de la Corte Interamericana es “vinculante” para todos los Estados que no son parte en sentido estricto en un caso concreto; para ellos sería una guía, una orientación sobre cómo entiende la jurisprudencia un aspecto particular de la Convención Americana. En mi opinión, se debe distinguir aquellas partes del fallo donde los jueces (deberíamos decir también las juezas), de la Corte Interamericana actúa como interprete de la Convención. La única forma de entender los derechos y libertades reconocidos en ella es como lo entiende la instancia supranacional, puesto que los Estados en el ejercicio de su soberanía así lo mandataron. No puede ser obligatorio para un Estado, por ejemplo, la parte del fallo que dispone una indemnización a las víctimas, o que o que se modifique una norma jurídica específica. Cfr. *Ibidem*.

resoluciones son vinculantes para las partes contendientes. Se puede ir más lejos, inclusive, cuando el juicio recae sobre actos que por su propia naturaleza tienen un ámbito subjetivo de aplicación que excede a las partes en el litigio”.²⁶²

Sobre la materia en estudio, la Corte sostuvo, por ejemplo, en el caso líder sobre el control de convencionalidad que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”²⁶³ Esas interpretaciones se encuentran precisamente en su jurisprudencia. MIDÓN, aclara que “el nivel de obligatoriedad no es el mismo para un Estado que fue parte material del juicio que para otro por el solo hecho de formar parte de la Convención.”²⁶⁴

NOGUEIRA, por su parte, enseña que los fallos de la Corte “tienen fuerza vinculante para los Estados partes como obligaciones de resultado”²⁶⁵. Para el jurista chileno, las sentencias de la Corte, “gozan de la misma eficacia directa que la CADH. No hay fundamento para disociar su eficacia de aquella de las normas convencionales. La eficacia directa y efecto útil deben predicarse como característica del sistema interamericano tanto en las normas de la CADH como de la jurisprudencia emanada de la Corte IDH.”²⁶⁶ Este último aspecto es cuestionado, puesto que “en virtud del efecto *erga omnes*, la totalidad de (...) [las] autoridades de los países signatarios, así como las instancias democráticas, estarían en la necesidad de aplicar los criterios establecidos por la Corte en cualquiera de sus fallos y opiniones consultivas, aunque sus Estados no hayan sido parte en dicho procedimiento ni en consecuencia, hayan podido defenderse”.²⁶⁷

²⁶² GARCÍA RAMÍREZ S., *Voto Razonado en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, ob. cit., párr. 6.

²⁶³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 124.

²⁶⁴ MIDÓN, M., *Control de convencionalidad*, ob. cit., p. 116-117.

²⁶⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, su valor de precedente y las obligaciones de su consideración por los Estados Partes de la CADH”, en NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CARVALLO, G., coords., *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*, Editorial Triángulo, Santiago de Chile, 2017, p. 198.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ SILVA ABBOTT, M., “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”, ob. cit., p. 197.

Por otra parte, hay que considerar que la Corte Interamericana en sus sentencias recoge lo ya resuelto en otros casos semejantes, y “aplica sus precedentes con total indiferencia sobre los Estados demandados y extiende sus efectos a cualesquiera supuestos de hecho análogos.”²⁶⁸ Por esta vía, en mi opinión, se logra unificar los precedentes y extender a todos los Estados partes de la CADH, los efectos de la interpretación que sus disposiciones hace la Corte, que son obligatorias en virtud del artículo 62.3 del Pacto de San José.

El fundamento de la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Interamericana se encuentra tanto la Convención como en su Estatuto, y confieren a ella, en opinión de GARCÍA, “la función de interpretar y aplicar la Convención Americana (y, en su caso y espacio, otros tratados: protocolos y convenciones que prevén, con múltiples fórmulas, la misma atribución dentro del *corpus juris* de derechos humanos), incumbe a ese tribunal fijar el sentido y alcance de las normas contenidas en esos ordenamientos internacionales.”²⁶⁹

Hasta ahora, se ha dicho los fallos de la Corte IDH son obligatorio, al menos *inter partes*, según lo dispone expresamente el artículo 68.1 de la Convención. En lo demás se discute. Sin embargo, la manera en que la Corte elabora su jurisprudencia en el ejercicio de sus competencias, la solución dada en un caso paulatinamente se incorpora en otros pasando a ser obligatoria por esta vía. Pero ¿qué sucede con la jurisprudencia emanada de su competencia consultiva?

La Corte Interamericana, sostiene sobre el particular que las normas de un tratado obligan a todos los órganos del Estado parte, incluso a los poderes Judicial y Legislativo, razón por la cual es necesario que realicen este tipo de control en “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”.²⁷⁰ Asimismo, precisa que su competencia consultiva alcanza a

²⁶⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH...”, ob. cit., p. 199.

²⁶⁹ GARCÍA RAMÍREZ, S., *Voto Razonado en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, ob. cit., párr. 7.

²⁷⁰ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, ob. cit., párr. 31.

“todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9)”.²⁷¹ Por tanto, es una competencia más amplia que “tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos”.²⁷²

6. La doctrina y su visión crítica sobre el Control de Convencionalidad

Siguiendo a BAZÁN, es preciso señalar que el control de convencionalidad “no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y en no pocas ocasiones genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurisdiccionales conozcan el citado bloque jurídico de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios soberanistas a la hora de concretarlo.”²⁷³ Con todo, las dificultades operativas no pueden constituir un argumento para el no ejercicio del control de convencionalidad. Será el Estado quien deberá buscar una solución de acuerdo a sus obligaciones convencionales.

Para otros autores, por ejemplo, CASTILLA, el “control de convencionalidad nunca ha sido una novedad sustantiva, pues lo único que en el fondo les estaba exigiendo a las autoridades nacionales era que cumplieran con sus obligaciones internacionalmente adquiridas, que aplicaran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cadh) y la jurisprudencia derivada de esta”²⁷⁴, dando efecto útil a los tratados e incluso afirma que “es sólo una denominación que (...) se consideró necesaria dar a la especificación de las distintas obligaciones internacionales adquiridas al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados interamericanos”.²⁷⁵

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² Corte IDH, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte..., ob. cit., párr. 25.

²⁷³ BAZÁN, V., “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, ob. cit., p. 68-69.

²⁷⁴ CASTILLA JUÁREZ, K., “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Revista Derecho del Estado*, n° 33, julio-diciembre, 2014, pp. 149-172, p. 151.

²⁷⁵ *Ídem*, p. 124.

En la línea de argumental de CASTILLA, el control de convencionalidad tendría “dos manifestaciones: una tendiente a cumplir con las sentencias que dicta la Corte IDH cuando se es parte en un caso, y la otra, a cumplir con las obligaciones establecidas en la CADH”²⁷⁶, lo que dependerá del lugar que ocupe el Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico interno. Así, si forma parte de la Constitución y por tanto norma constitucional, realizará un control de constitucionalidad o de legalidad si tiene rango de ley²⁷⁷. Ahora bien, sólo si los Estados no cumplen con su obligación la Corte IDH subsidiariamente “hace un real control de convencionalidad, es decir, determina el cumplimiento o incumplimiento de esas obligaciones internacionales, establece en su caso la responsabilidad internacional y, como consecuencia de ello, la reparación.”²⁷⁸

El jurista peruano CASTILLO CÓRDOVA, cuestiona la norma derivada de la jurisprudencia de la Corte IDH que obliga a todos los órganos y autoridades de un Estado parte de la Convención a realizar el control de convencionalidad y sostiene que es contraria a sus disposiciones, y “no puede ser titularizado por ningún órgano nacional, es una atribución que el *Legislador convencional* ha reconocido solamente a la Corte IDH. Extenderlo, (...) es inconveniente.”²⁷⁹ Agrega que la voluntad manifestada “en el artículo 63.1 CADH, desde que no es posible reconocer que esta voluntad haya dispuesto un mandato imposible, lógica y jurídicamente, de ser cumplido”²⁸⁰. En el ámbito interno el único control aplicable es el control de constitucionalidad, atribuido al órgano establecido en la Constitución.²⁸¹

²⁷⁶ *Ídem*, p. 155.

²⁷⁷ Desde su postura crítica CASTILLA JUÁREZ, prefiere referirse al control de convencionalidad como “Garantía de Tratados”, afirmando además que es un error asimilarlo al control de Constitucionalidad. Ver CASTILLA JUÁREZ, ¿Control interno o difuso de convencionalidad? ..., ob. cit., p. 68 - 79.

²⁷⁸ CASTILLA JUÁREZ, K., “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, ob. cit., p. 164.

²⁷⁹ CASTILLO CÓRDOVA, L. “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 17, n° 2, 2019, pp. 15-52, p. 37.

²⁸⁰ *Ídem*, p. 36.

²⁸¹ El estudio que realiza el profesor CASTILLO CÓRDOVA sobre el control de convencionalidad es, en mi opinión, un intento por delimitar las competencias de la Corte IDH como “legislador”, cuyos mandatos han puesto en jaque a los Estados que integran un débil SIDH, en el que estos permanecen anquilosados en la defensa a ultranza del principio de soberanía nacional, tornando estos mandatos ineficaces. El Estado peruano ha sido condenado, según consigna el sitio web de la Corte Interamericana, en 46 oportunidades y en sólo 3 de ellos ha cumplido íntegramente un fallo. La pregunta lógica es: ¿por qué los Estados no cumplen con los fallos de la Corte? Las razones son múltiples. Pero tal como se presenta el panorama para los derechos y libertades en el Continente, en mi opinión, el argumento que no se puede sostener es la falta de competencia de la Corte, eso sería privar de efectos a las normas de la CADH, y dejar en manos de los

Con todo, el control de convencionalidad es visto como “paradigma para demostrar que no sólo la ley cumple efectos generales en cada país, sino también las sentencias y decisiones que los comprometen internacionalmente, pasando de un Estado Social de Derecho, de carácter eminentemente nacional, donde impera un control de legalidad y un control de constitucionalidad, a un Estado Convencional de Derecho, en el cual se habla de un Control de Convencionalidad.”²⁸² Pasaríamos, entonces, de un constitucionalismo local a uno de carácter regional, con instituciones supranacionales de garantías de los derechos más allá de las puramente jurisdiccionales.²⁸³

En la línea anterior, se puede citar a HENRÍQUEZ y NÚÑEZ, para quienes el control de convencionalidad “pretende la integración completa del Derecho (interno e internacional), al mismo tiempo que aspira a configurar una regla de reconocimiento transnacional.”²⁸⁴ La idea sobre una integración regional del Derecho en base a la jurisprudencia de la Corte es, desde mi punto de vista, útil para el establecimiento de estándares mínimos de protección para todas las personas que se encuentran bajo el SIDH, partiendo de la base de que es un sistema colectivo de protección, sin que esto obste a que los Estados parte de la Convención, establezcan estándares superiores de protección, operando esta regla como un estándar mínimo.

La visión más crítica de la institución en estudio, la formula SILVA, quien parte evidenciando que en el control de convencionalidad interno: “la norma nacional no está siendo comparada realmente con la Convención Americana o Pacto de San José, sino con el modo en que la Corte la entiende: al [c]onsiderarse su intérprete última, definitiva e inapelable, en el fondo ella estima que dicho tratado solo “habla” a través suyo, en

gobiernos de turno la protección de los derechos sin un paradigma claro a seguir. Es necesario, bajo el principio de buena fe, buscar mecanismos para compatibilizar las normas convencionales y las domésticas, uno de ellos es el control de convencionalidad.

²⁸² OLANO GARCÍA, H. “Teoría del Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 14, n° 1, 2016, pp. 61-94, p. 63.

²⁸³ La posibilidad de un constitucionalismo más allá de las fronteras estatales requiere el abandono de las concepciones marcadamente localistas de los países latinoamericanos, entre los que abundan organizaciones poco relevantes para los ciudadanos y ciudadanas. Sobre el constitucionalismo más allá del Estado, ver, entre otros, a: FERRAJOLI, L., *Constitucionalismo más allá del Estado*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2018.

²⁸⁴ ENRIQUEZ VIÑAS, M. y NUÑEZ LEIVA, J.I., “El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?”, *Revista Boliviana de Derechos*, n° 21, enero 2016, pp. 326-339, p. 330.

particular por tratarse de un “instrumento vivo” que posee además un sentido autónomo”²⁸⁵ Además, sostiene que su práctica “tal como pretende la Corte y la doctrina mayoritaria, produciría un cúmulo de graves problemas para el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos locales”²⁸⁶

Cuando SILVA, recoge una crítica común sobre el control de convencionalidad, al afirmar que “se echa en falta una visión más orgánica del problema, que no se centre casi exclusivamente en lo que la Corte pretende mediante las cada vez mayores exigencias que asigna al control de convencionalidad mediante su jurisprudencia, sino que ponga su atención en las consecuencias prácticas que ello podría tener sobre todo para el funcionamiento de los sistemas jurídicos estatales”²⁸⁷, lo que en verdad hace es evidenciar que las “cada vez mayores exigencias” responden a la necesidad de generar una conducta por parte del Estado sobre la protección de los derechos, ya que estos no están asegurados ni aún bajo un sistema democrático.²⁸⁸

En consecuencia, no se trata, como plantea SILVA, de generar alarma respecto que “la normativa foránea iría ocupando palmo a palmo el territorio jurídico de los países del Sistema Interamericano. O si se prefiere, los tratados y la jurisprudencia de la Corte podrían alterar al Derecho interno - incluso sus constituciones - pero no lo contrario, salvo para mejorarlo.”²⁸⁹ Se trata, en mi opinión, de establecer mecanismos que permitan mayores estándares de protección y garantías de los derechos de quienes están bajo la jurisdicción de un Estado parte del SIDH, guiados por el principio de la buena fe, sin desconocer que la doctrina del control de convencionalidad genera problemas prácticos, pero ¿no sería mejor trabajar para que en las sociedades democráticas se respeten los derechos humanos con todas las herramientas disponibles? Con todo, hay que decir, junto a SAGÜÉS, que “[e]n rigor de verdad, la Corte Interamericana ha extremado la

²⁸⁵ SILVA ABBOTT, M., “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”, ob. cit., p. 195.

²⁸⁶ *Ídem*, p. 200.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, ob. cit., párr. 239.

²⁸⁹ SILVA ABBOTT, M., “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”, ob. cit., p. 201-202.

aplicación de la doctrina del control de convencionalidad por parte de los órganos del Estado, judiciales, legislativos y administrativos.”²⁹⁰

²⁹⁰ SAGÜÉS, N., “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, ob. cit., p. 59.

SEGUNDA PARTE

El Control de Convencionalidad de la función legislativa como instrumento para garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

CAPÍTULO III: EL LEGISLADOR FRENTE A LA DOCTRINA DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. El rol del Legislador en el marco de la doctrina del Control de Convencionalidad

La evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en cuanto a los sujetos obligados a realizar el control de convencionalidad pasó de considerar como tal al “Poder Judicial”²⁹¹, a “jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”²⁹², “cualquier autoridad pública”²⁹³, “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención”²⁹⁴, a todos los “los poderes y órganos estatales en su conjunto”.²⁹⁵ La evolución citada, permite entender el control de convencionalidad como una obligación extendida que comprende los procesos de creación, interpretación y aplicación del Derecho nacional.²⁹⁶ La Corte fijó así, la norma que obliga a todas las autoridades y órganos del Estado a realizar un control de convencionalidad. Analizando este punto, en la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte dispuso que “todas la[s] autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas

²⁹¹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 123 y Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162, párr. 173.

²⁹² Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, ob. cit., párr. 225.

²⁹³ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, ob. cit., párr. 239.

²⁹⁴ Corte IDH, *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C N° 282, párr. 471.

²⁹⁵ Corte IDH, *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C N° 285, párr. 213.

²⁹⁶ Cfr. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad”, ob. cit., p. 73.

internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.²⁹⁷ El Estado al ratificar la CADH queda obligado por ella y, por tanto, a respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidas y, de ser necesario, a adoptar disposiciones de Derecho doméstico para hacerlos efectivos, de manera que “al momento de desarrollar sus funciones, [debe] producir actos internos en consonancia con las regulaciones del Pacto, cumpliendo todos sus postulados.”²⁹⁸

La dimensión del control de convencionalidad que se aborda en el *caso Gelman vs. Uruguay*, importa “un control *ex ante*, destinado a que el propio órgano que realiza actividades públicas someta su actividad, de manera preventiva, a los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de Derechos Humanos”²⁹⁹, mientras que el control convencional judicial, es “un control *ex pos*, establecido como garantía jurisdiccional ulterior de vulneración de los estándares internacional de los derechos humanos, por el ordenamiento interno de los Estados, o las actuaciones de todos sus órganos públicos.”³⁰⁰ Cada órgano vela porque su actuar se ajuste a la CADH y el *corpus iuris* interamericano, controlando sus actos propios, mientras que la Corte y los jueces nacionales lo hacen, principalmente, “respecto de actos externos, es decir, de otros órganos del Estado que incumplen con sus obligaciones internacionales convencionales”.³⁰¹

El control de convencionalidad, en un primer momento, en opinión de OLIVARES, “fue pensado para la actividad jurisdiccional – de la CIDH primero, y los Estados que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, después-, la necesidad de que ahora el control sea llevado a cabo por todos los órganos del Estado, significa necesariamente, (...) que los distintos órganos públicos que integran el Estado puedan efectuar el análisis de adecuación de su actividad ya no solo a la Constitución y a las Leyes, sino ahora también a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”³⁰².

²⁹⁷ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión y Cumplimiento de Sentencia*, ob. cit., párr. 66.

²⁹⁸ MIDÓN, M., *Control de convencionalidad*, ob. cit., p. 109.

²⁹⁹ OLIVARES GALLARDO, A., “El control de convencionalidad como exigencia de los órganos no jurisdiccionales de la Administración del Estado”, ob. cit., p. 47.

³⁰⁰ *Ídem*, p. 46.

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² *Ídem*, p. 43.

Por tanto, aparece con nitidez como deber, también, del Legislativo y Ejecutivo como colegislador, ya que el Estado como unidad, es garante del SIDH, al que concurre “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”.³⁰³

Para realizar el control de convencionalidad *ex ante*, el legislador debe considerar la iniciativa legislativa y confrontarla con las normas de la Convención y la interpretación hecha de estas por la Corte IDH, pasando del control de constitucionalidad al de convencionalidad. Esta doble dimensión, interna y externa, a tener en cuenta en la elaboración y particularmente en la discusión de un proyecto de ley, permite al Estado, por una parte, cumplir con las obligaciones generales establecidas en la CADH, al trasladar de acuerdo al Derecho nacional, los pronunciamientos de la Corte a sus leyes³⁰⁴; y por otra, mejorar la calidad de aquellas que se incorporan al ordenamiento jurídico, aminorando una posible vulneración por vía legislativa de las obligaciones convencionales en derechos humanos.

El ejercicio de la función legislativa con perspectiva de derechos humanos es clave, puesto que el deber de respetarlos, “conciernen a todos los que actúen a nombre del Estado, especialmente si proceden en la condición de órganos estatales”³⁰⁵; obligación a la que no puede sustraerse el legislador, ya que debe proporcionar al Poder Judicial opciones claras para desarrollar su función jurisdiccional.³⁰⁶ Asimismo, cabe tener presente que las normas sobre derechos humanos constituyen un límite para el desarrollo de la función legislativa, ya que es el legislador quien concretiza en el ámbito interno del Estado la compatibilidad de sus normas con la CADH, o más ampliamente con el *corpus iuris* interamericano.

³⁰³ GARCÍA RAMÍREZ, S., *Voto Concurrente Razonado en el Caso Tibi vs. Ecuador*, ob. cit., párr. 5.

³⁰⁴ *Ídem*, párr. 6.

³⁰⁵ Corte IDH, *Caso 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. 87.

³⁰⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 123.

Por otra parte, función legislativa se enmarca en de deber general de garantía, puesto que la protección de los derechos humanos requiere de actos estatales encaminados a “asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución”³⁰⁷, de manera impedir que el arbitrio estatal llegue a lesionarlos.

2. La obligatoriedad del Control de Convencionalidad en la función legislativa

La doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana sobre el control de convencionalidad: ¿es vinculante para los titulares de la función legislativa? La pregunta no es el mero ejercicio de la retórica, puesto que para algunos autores, al ser una creación pretoriana³⁰⁸, su eventual fuerza vinculante nacería sólo de sus fallos y opiniones consultivas.³⁰⁹ Una aproximación a la respuesta se intenta en los apartados siguientes.

2.1. Aspectos generales sobre la obligatoriedad del Control de Convencionalidad

El control de convencionalidad plantea desafíos. No es posible referirnos a él sin considerar los cuestionamientos que normalmente se formulan a esta institución de la mano del argumento de la soberanía. Pero, más allá de las críticas, existe un problema fáctico: el desconocimiento, por parte de los y las congresistas, sobre la obligación de realizar un control de convencionalidad de sus actos, particularmente de aquellos que se traducen en leyes, ya que generalmente se entiende como una obligación de los jueces.³¹⁰

³⁰⁷ Corte IDH, *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, ob. cit., párr. 22.

³⁰⁸ Cfr. entre otros, OLANO GARCÍA, H. “Teoría del Control de Convencionalidad”, ob. cit., p. 87; GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad”, ob. cit., p. 67 y 79; SAGÜÉS, N., “Nuevas fronteras del control de convencionalidad...”, ob. cit. p. 31.

³⁰⁹ Cfr. SILVA ABBOTT, M., “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, n° 3, 2018, pp. 717- 744, p. 724.

³¹⁰ En el ámbito legislativo, el control de convencionalidad se extiende tanto al proceso de formación de las leyes como a las demás funciones que ejercer los parlamentarios y las parlamentarias. Así, por ejemplo, se pueden citar aquellas funciones relacionadas con la Acusación Constitucional, garantizando que en todas sus etapas se vele por los derechos humanos de los acusados constitucionalmente.

La Corte Interamericana, ha reiterado que un tratado internacional, por ejemplo, la CADH, obliga a todos los órganos del Estado parte, incluyendo al Poder Judicial y al Legislativo³¹¹. Asimismo, ha señalado que el Estado responde por las violaciones de los derechos humanos por “parte de terceros en el evento de que no haya adoptado las medidas indispensables para impedir su trasgresión o para hacerla cesar (...) respecto de cualquier persona que se encuentre, por cualquier causa, circunstancia o motivo, bajo su jurisdicción.”³¹²

Precisando los sujetos obligados a realizar el control de convencionalidad, la Corte recordó, como se dijo, en la Resolución de Supervisión y Cumplimiento de Sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*, en términos bastante amplios, que “todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.”³¹³ Para SAGÜÉS, la Resolución citada, “es un mensaje para los operadores nacionales que “emiten” normas, en el sentido amplio de este vocablo”³¹⁴, y comprende, al “legislador constituyente, al establecer reglas constitucionales. También, el legislador común, sea al dictar leyes, o cada cámara legislativa cuando adopta su reglamento”.³¹⁵

Los términos amplios en que la Corte configura el control convencionalidad en *Gelman* 2013, permiten, en opinión de SAGÜÉS, un control mixto: preventivo y reparador. Que sea un control preventivo, significa que debe realizarse antes de emitir la norma, respetando en su redacción las normas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte. Si después de promulgar o emitir la norma, se constata que es incompatible con la

³¹¹ Cfr. Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, ob. cit., párr. 31; Corte IDH, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, Serie A N° 25, párr. 58.

³¹² Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 87.

³¹³ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión y cumplimiento de Sentencia*, ob. cit., párr. 59.

³¹⁴ SAGÜÉS, N., “Nuevas fronteras del control de convencionalidad...”, ob. cit., p. 26.

³¹⁵ *Ibidem*.

Convención y la jurisprudencia interamericana, procede el control reparador, a fin de auto abolir la norma.³¹⁶

Por otra parte, la Resolución citada anteriormente, plantea una protección multinivel de los derechos humanos, que proyectada en el control de convencionalidad, tiene la finalidad, según sostiene BAZÁN, de “contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales”³¹⁷. A la finalidad señala, hay que agregar: “crear normas que permitan la efectividad de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte, cuando una autoridad actúe materialmente como legislador”³¹⁸. El control de convencionalidad así planteado, obliga al Estado como un todo, por lo mismo, “alcanza a todas las autoridades (..), sin importar si éstas pertenecen al Poder Ejecutivo, al Legislativo o al Judicial.”³¹⁹

Los artículos 1.1 y 2 de la CADH, “sientan ‘deberes’ específicos para los Estados a ella adheridos”³²⁰, pero también deberes generales, esto es, respetar y garantizar los derechos sin ningún tipo de discriminación, por una parte, y adoptar normas de derecho interno en el evento de ser necesario, por otra. En este contexto, el control de convencionalidad del proceso a través del cual el Estado introduce una norma en su ordenamiento jurídico, cumple la finalidad de garantizar los derechos reconocidos en el tratado y cerciorarse que la norma se ajusta a los estándares convencionales.

En el ejercicio de la función legislativa, el control de convencionalidad consistirá en verificar la compatibilidad de un proyecto de ley con la CADH y la interpretación que de sus normas hace la Corte IDH, ejerciendo su competencia contenciosa, consultiva, preventiva y de ejecución, y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado

³¹⁶ Cfr. *Ídem*, p. 27.

³¹⁷ BAZÁN, V., “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos, y perspectivas”, en BAZÁN, V., y NASH ROJAS, C., eds., *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad 2011 (2012)*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 25.

³¹⁸ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad”, ob. cit., p. 69.

³¹⁹ *Ídem*, p. 68.

³²⁰ SAGÜÉS, N., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, ob. cit., p. 118.

es parte. Pero, ¿por qué implementar un control de convencionalidad de “algo” que aún no es ley?

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana se establece claramente que el control de convencionalidad alcanza a todas las autoridades del Estado. En este sentido es un control “extenso, vertical y general”³²¹. Por tanto, es preciso su ejercicio en la etapa de “creación” de las leyes, ya que carece de sentido elaborarlas en contraposición de las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos. Además, la posibilidad de que una norma produzca efectos no previstos por el legislador, por ejemplo, al negar el acceso a la información pública³²², amerita centrar la atención en la función legislativa.

2.2. Obligatoriedad del Control de Convencionalidad a partir de la Resolución de Supervisión y Cumplimiento de Sentencia del Caso Gelman

La obligatoriedad del control de convencionalidad no es pacífica. Algunos autores, sostienen que “los Estados tienen derecho a decidir la forma y el tipo de medidas que adoptarán para cumplir de buena fe con sus obligaciones internacionales”³²³, siendo el control de convencionalidad una de ellas, pero podrían existir otras. Para aproximarse a una solución al problema planteado, conviene recurrir al análisis realizado por la Corte IDH en la Resolución de Supervisión y Cumplimiento de Sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay* de 2013. En ella se distingue si el Estado fue parte material o no en el proceso llevado ante la Corte.³²⁴

³²¹ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad”, ob. cit., p. 68.

³²² Cfr. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C N° 151, párr. 73, 98 y 101.

³²³ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad”, ob. cit., p. 79.

³²⁴ La Corte Interamericana, distingue dos manifestaciones del control de convencionalidad a partir de la posición que ocupa un Estado en relación con la sentencia. La distinción, permite analizar el control de convencionalidad en un contexto colaborativo de protección de los derechos en el SIDH, con independencia si el Estado ha sido o no parte del caso particular en que se pronunció la sentencia, adoptando un enfoque que escapa a la tradición procesalista de los efectos relativos de las resoluciones judiciales. Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión y Cumplimiento de Sentencia*, ob. cit., párr. 65 a 90.

En virtud del artículo 68.1 del Pacto de San José los Estados partes se obligan a cumplir las decisiones de la Corte en los casos que sean parte. Por tanto, en el caso concreto, al existir cosa juzgada, el control de convencionalidad es un instrumento “para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte (...), por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma”.³²⁵ Esta jurisprudencia obliga a “todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia”³²⁶. La fuente del control de convencionalidad, se encuentra en el pronunciamiento de la Corte en el caso concreto. Por tanto, este deber sería mayor en los casos donde la Corte “haya declarado la inconvencionalidad de una norma nacional en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa o consultiva”.³²⁷

En aquellos casos en que el Estado no ha sido parte en el proceso en que se establece una jurisprudencia determinada, la Corte ha dicho que: “por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, (...) están obligados por el tratado, por lo cual 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 norma”.³²⁸ En este caso, la obligatoriedad del control de convencionalidad, emana del hecho de formar parte de un sistema de protección regido principalmente por la CADH y en la que su órgano jurisdiccional carece de capacidad para conocer millares de juicios sobre idénticos asuntos, reiterando sus razonamientos y pronunciamientos.³²⁹

La referencia expresa que hace la Corte a las instancias democráticas y la obligación de realizar el control de convencionalidad, evidencia que sus actos no pueden permanecer ajenos a los compromisos del Estado en materia de derechos humanos. El Poder Legislativo y, en su caso, el colegislador, debe ejercer esta obligación en la “emisión” de las leyes, es decir, en el proceso que parte con la presentación de una iniciativa legal a

³²⁵ *Ídem*, párr. 68.

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad”, ob. cit., p. 72.

³²⁸ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión y Cumplimiento de Sentencia*, ob. cit., párr. 69.

³²⁹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., *Voto Concurrente Razonado en el Caso Tibi vs. Ecuador*, ob. cit., párr. 6.

debate parlamentario hasta culminar con su publicación oficial,³³⁰ consiguiendo “evitar la creación de normas inconvenientes”.³³¹

Con todo, es plausible sostener que la obligación del Legislativo y el Ejecutivo como colegislador, en su caso, de ejercer el control de convencionalidad, está implícita en el fallo del caso *Almonacid Arellano*. En efecto, de una interpretación armónica de los párrafos 123 y 124 de la sentencia citada, se deduce, en mi opinión, de que no es posible entender la función de los jueces sin una referencia expresa al legislador, ya que es él quien crea la norma de carácter general que estos aplican e interpretan al elaborar su norma particular, y tratándose del control de convencionalidad, tienen un deber reforzado de protección de los derechos y las libertades convencionales, en razón de que el legislador falla en su función emitiendo normas contrarias a la Convención.³³²

El control de convencionalidad, por otra parte, se vincula al principio de complementariedad o subsidiariedad, por lo que “la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya

³³⁰ Es en *Gelman vs. Uruguay* (2011), donde la Corte se pronuncia específicamente sobre los límites que tiene el legislador en el ejercicio de la función legislativa; límites que se proyectan al intento de recabar la aprobación de normas contrarias a la Convención en mecanismos de democracia directa como plebiscitos y referéndum (párr. 238 y 239). En *Almonacid Arellano* (2006), establece la vinculación del Poder Legislativo con la función de los tribunales y la obligación de adecuación normativa (párr. 123). En *Órdenes Guerra y otros* (2018), se observa el rol del Poder Judicial y el Legislativo en el ejercicio del control de convencionalidad en el ámbito interno de los Estados parte de la Convención: las autoridades legislativas como las encargadas de emitir leyes, son quienes deben determinar la conveniencia de establecer normas, en el caso, que elimine toda posibilidad de aplicar por parte de los tribunales la prescripción de las acciones civiles en materia de delitos de lesa humanidad. Esto no excluye la función de los órganos vinculados a la administración de justicia de ejercer el respectivo control de convencionalidad (párr. 135).

³³¹ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad”, ob. cit., p. 71.

³³² No se debe perder de vista que la jurisprudencia de la Corte Interamericana se desarrolla desde los casos y solicitudes que se le plantean. En consecuencia, la evolución de esta, recoge, primeramente por una cuestión cronológica, las violaciones más graves a los derechos humanos ocurridas en contextos de gobiernos dictatoriales que gobernaron en la Región y desde ahí avanza hacia las violaciones de los derechos humanos que se producen en las jóvenes e inestables democracias latinoamericanas, estableciendo estándares para asegurar su respeto y garantía y hacer justicia. Asimismo, va configurando el derecho a conocer la verdad de los hechos, como lo hace, por ejemplo, en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, en que establece que en el marco de las dictaduras gobernantes en el Cono Sur en los años '70, tuvo lugar la Operación Cóndor, “alianza que unía a las fuerzas de seguridad y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur en su lucha y represión contra personas designadas como “elementos subversivos”. Las actividades desplegadas como parte de dicha Operación estaban básicamente coordinadas por los militares de los países involucrados. Dicha Operación sistematizó e hizo más efectiva la coordinación clandestina entre “fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia” de la región”. Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C N° 153, párr. 61.6.

tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios”.³³³ La Corte, en palabras de BAZÁN, al conocer de un caso exigirá “rehabilitar el derecho, la libertad o la garantía conculcados”³³⁴ a falta de actuación del Estado.

Todos los órganos del Estado, por tanto, deben “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados.”³³⁵ La postura de la Corte Interamericana coincide con lo sostenido por el ex Juez Sergio GARCÍA, en cuanto a la inconveniencia de que se transforme en una nueva instancia de resolución de un asunto, por tanto, se espera que sus pronunciamientos se trasladen, vía control de convencionalidad, a las normas domésticas, lo que permite a la Corte, identificar los grandes lineamientos a partir de los litigios que conoce.³³⁶

En resumen, se puede afirmar que la obligatoriedad del Poder Legislativo de ejercer el control de convencionalidad emana de dos fuentes: i) ser parte de un caso concreto resuelto por la Corte Interamericana con referencia expresa al control de convencionalidad³³⁷, y ii) por el solo hecho de ser parte de CADH y haber asumido las obligaciones generales de los artículos 1.1, 2 y 29, en concordancia con el artículo 27 de la CVDT.

3. Alcance del control de convencionalidad legislativo: del Poder Constituyente a la Asamblea Legislativa

3.1. Consideraciones generales sobre el Control de Convencionalidad legislativo

³³³ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión y Cumplimiento de Sentencia*, ob. cit., párr. 70.

³³⁴ BAZÁN, V., “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales”, ob. cit., p. 29.

³³⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión y Cumplimiento de Sentencia*, ob. cit., párr. 72.

³³⁶ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., *Voto Concurrente Razonado en el Caso Tibi vs. Ecuador*, ob. cit., párr. 5, 6 y 8.

³³⁷ Así, por ejemplo, el Tribunal Interamericano se ha referido al control de convencionalidad en un fallo que resuelve un caso en que Chile es parte en: *Almonacid Arellano y otros* (2006), párr. 124; *Atala Riffo y Niñas* (2012), párr. 282; *Norín Catrimán y otros* (2014), párr. 436, 461, 464; *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros* (2016), párr. 113; y *Órdenes Guerra y otros* (2018), párr. 135-136.

El control de convencionalidad nace en clave jurisdiccional, en consecuencia “todo el desarrollo dogmático y jurisprudencial se ha enfocado en el control de la adecuación del derecho nacional a los estándares convencionales de los derechos humanos. Hay escaso o nulo desarrollo dogmático y práctico, en cambio, del control que deben llevar a cabo los órganos del Estado que no ejercen jurisdicción”³³⁸ Sin embargo, a partir del fallo sobre el caso *Gelman* (2011), la Corte “ha modificado la naturaleza exclusivamente jurisdiccional que tenía el control de convencionalidad, (...) se amplía la exigencia de realizar el examen de convencionalidad a todos los órganos y autoridades públicas de los Estado miembros.”³³⁹ De esta manera la actividad de las instancias legislativas quedan comprendida en el marco de este control.

En la jurisprudencia de la Corte IDH es posible encontrar algunos lineamientos relacionados con el ejercicio de la función legislativa e incluso con el Poder Constituyente, abordando el contenido de las normas de Derecho interno sin importar la jerarquía de la norma analizada. La importancia de esta jurisprudencia radica en que ofrece argumentos para el desarrollo y la obligatoriedad del control de convencionalidad en el ámbito legislativo, tanto para el Constituyente original, derivado y el legislador.

3.2. El Poder Constituyente frente a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana, permiten sostener que el alcance del control de convencionalidad se extiende al Poder Constituyente, es decir, aquel “poder plenamente autónomo para ordenar y reordenar la convivencia básica de una sociedad política a través de la Constitución Política, cuando así lo decida autónomamente el cuerpo político de la sociedad, teniendo libertad para configurar dicho ordenamiento jurídico”.³⁴⁰ ¿Lo dice directamente? Sostener que el Constituyente Originario está sujeto al control de convencionalidad, implica reconocer a la Corte un poder que excede a sus

³³⁸ OLIVARES GALLARDO, A., “El control de convencionalidad como exigencia de los órganos no jurisdiccionales de la Administración del Estado”, ob. cit., p. 45.

³³⁹ *Ídem*, p. 47.

³⁴⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Poder Constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 36, enero-junio, 2017, pp. 327-349, p. 328.

facultades. Sin embargo, el análisis de algunos fallos y las consecuencias derivadas de estos, muestran lo contrario.

La primera sentencia pronunciada por la Corte IDH en el ejercicio de su competencia contenciosa, estableció como deber de un Estado parte: “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”³⁴¹ *Velázquez Rodríguez*, enuncia el principio general en virtud del cual el Estado debe velar para que sus estructuras permitan el respeto de los derechos y libertades, de manera que la Constitución, norma fundamental que organiza el Estado, que establece sus órganos, sus autoridades, los derechos fundamentales de las personas, etc., no puede apartarse, a lo menos, del estándar mínimo convencional en materia de derechos humanos.

En opinión del profesor NOGUIERA, el Poder Constituyente “no es ilimitado, ya que 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 de las personas.”³⁴² En esta línea argumentativa, se puede citar el fallo “*Olmedo Bustos*” vs. *Chile*”, que se coloca en la hipótesis de que la Constitución contenga normas contrarias a la Convención. La Corte declaró que “el artículo 19 número 12 de la Constitución [chilena de 1980] establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.”³⁴³

La determinación de los actos de todos los poderes públicos y el contenido del ordenamiento jurídico infra constitucional, que genera la Carta Fundamental, hace que sus normas no sean indiferentes en relación con “los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la

³⁴¹ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, ob. cit., párr. 166.

³⁴² NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Poder Constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”, ob. cit., p. 328.

³⁴³ Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, ob. cit., párr. 72.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.”³⁴⁴ *Olmedo Bustos*” vs. *Chile*, reviste importancia, ya que el Estado chileno reformó el artículo 19 N° 12 de su Carta Fundamental, sentando de paso la supremacía material de la Convención Americana.

En la sentencia sobre el caso “*Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*”, la Corte IDH analiza los efectos que produce la “inclusión expresa, en la normativa constitucional dominicana, de la “residencia ilegal” de los ascendientes de personas nacidas en territorio dominicano como causal para negar a éstas la nacionalidad dominicana”³⁴⁵, en los términos del artículo 18.3, en un contexto de discriminación de la población haitiana en República Dominicana ³⁴⁶. La norma constitucional en cuestión, implicaba la vulneración del derecho a la nacionalidad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, y la falta de documento de identidad conlleva la vulneración del derecho al nombre, afectando también el derecho a la identidad.³⁴⁷

En el caso *Boyce y otros v. Barbados*, la Corte analiza el artículo 26 de la Constitución de Barbados que impedía la impugnación de las normas previas a la ella, como sucedía con el artículo 2 de la Ley de Delitos Contra las Personas (LDCP), “aún cuando el fin de dicha revisión sea analizar si la ley viola derechos y libertades fundamentales.” ³⁴⁸ El Comité Judicial del Consejo Privado, máximo tribunal de apelación de Barbados, en la época, sostuvo la imposibilidad de declarar la inconsistencia del artículo 2 de la LDCP con el artículo 15.1 de su constitución, puesto que esta era una ley previa.³⁴⁹

El razonamiento de la Corte IDH en *Boyce y otros*, establece que una norma constitucional de las características señaladas, no puede obviar “las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana”³⁵⁰, de manera que el Constituyente

³⁴⁴ *Ídem*, párr. 90.

³⁴⁵ Corte IDH, *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C N° 282, párr. 291.

³⁴⁶ *Ídem*, párr. 153.

³⁴⁷ *Ídem*, párr. 299.

³⁴⁸ Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., Serie C N° 169, párr. 75.

³⁴⁹ Cfr. *Ídem*, párr. 76.

³⁵⁰ *Ídem*, párr. 77.

está impedido de establecer normas contrarias a la Convención, como la pena de muerte. Aún si así ocurriera, el Estado tampoco podría invocar esa norma para justificar su incumplimiento de las obligaciones convencionales por se contraria a la CVDT.³⁵¹

El Constituyente, según la jurisprudencia citada, al establecer una nueva Carta Fundamental o al reformar su texto, tendrá que considerar las obligaciones internacionales del Estado, efectuando el correspondiente control de convencionalidad, ya que es posible que la forma en que reconozca los derechos trasgreda las disposiciones de los tratados. Siendo así, el Constituyente debe abstenerse, por ejemplo, de “producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”³⁵².

3.3. El ejercicio de la función legislativa en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el ejercicio del control de convencionalidad propio, la Corte se ha pronunciado sobre la función legislativa, estableciendo ciertos mandatos para el legislador con la finalidad de coadyuvar en el cumplimiento de las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación normativa, bajo los términos de la CADH y la interpretación que hace la Corte de ellas como su última intérprete, ya que, como sostiene CANÇADO TRINDADE, es indudable que los Estados partes, requieren de “la adopción de medidas legislativas y otras para garantizar los derechos consagrados en la Convención y perfeccionar las condiciones de su ejercicio”.³⁵³ En el fallo del caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, la Corte señala que el control de convencionalidad es una herramienta que puede resultar suficiente para cumplir con la obligación de adecuación normativa.³⁵⁴

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² Corte IDH, *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares*, ob. cit., párr. 264.

³⁵³ CANÇADO TRINDADE, A.A, *Voto Concurrente en el Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73, párr. 8.

³⁵⁴ Cfr. Corte IDH, *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C N° 238, párr.113.

En el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, se dispone que “los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen”³⁵⁵, y también ha dicho que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías”.³⁵⁶ La consecuencia para el Legislativo es la observancia de estos estándares en materia de derechos humanos y con carácter vinculante para el ejercicio de la función legislativa, particularmente en el proceso de formación de las leyes, aunque este deber se extiende a todas sus funciones asignadas por la Constitución.

A las reglas anteriores, se debe agregar aquella que prohíbe establecer leyes de “amnistía, (...) disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas”³⁵⁷, disposiciones que son incompatibles con la Convención. Asimismo, establece la Corte que las normas de esta naturaleza carecen de efectos jurídicos³⁵⁸. La sanción citada, importa privar a la norma de las consecuencias jurídicas establecidas por el órgano competente: ¿puede la Corte IDH establecer una norma de estas características?

³⁵⁵ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 279.

³⁵⁶ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, ob. cit., párr. 239.

³⁵⁷ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú, Fondo*, ob. cit., párr. 41.

³⁵⁸ La Corte Interamericana al pronunciarse sobre las leyes amnistías, por ejemplo, las promulgadas y aplicadas por el Estado peruano, Leyes N°s. 26.479, que concede “amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos” y la Ley N° 26492, que “precisan la interpretación y alcance de la amnistía otorgada por la Ley N° 26.479; y el caso de Chile por el Decreto Ley N° 2.191, de 1978, que “concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala”, esto es, a los autores, cómplices y encubridores de los delitos ocurridos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, durante el Estado de sitio; y a los condenados por los tribunales militares entre el 11 de septiembre de 1973 y la fecha del Decreto, ha dicho que estas normas generan la indefensión de las víctimas y la perpetuación de la impunidad. Asimismo, sostiene la Corte, que estas normas impiden identificar a los responsables y obstaculizan la investigación y el acceso a la justicia, impidiendo a las víctimas y sus familiares conocer la verdad e imposibilita la correspondiente reparación. Entre otros: *Caso Barrios Altos vs. Perú*, (2001), párr. 41 a 44; *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, (2006), párr. 105, 116, 119 a 122; *Caso Gelman vs. Uruguay* (2011), párr. 225 a 229, 232, 238 y 239; y *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas vs. Chile*, (2015), párr. 156.

La pregunta planteada en el párrafo anterior cobra relevancia en el esquema planteado en este trabajo sobre la obligación del legislador, cualquiera sea este, de realizar un control de convencionalidad entre la iniciativa legislativa y las disposiciones de la Convención, los demás tratados que integran el *corpus iuris* interamericano y la interpretación de la Corte de dichas normas, a partir del párrafo 123 de la sentencia *Almonacid Arellano*, que entrega el control de convencionalidad a los tribunales en el evento que el Legislativo “falle” en el ejercicio de su función, es decir, cuando al legislar no cumple con las obligaciones de respeto, garantía y adecuación normativa al dictar las leyes.

Una norma que no respete los compromisos asumidos por el Estado al ratificar la Convención u otro tratado del SIDH, establecida por el órgano competente, importa un incumplimiento y genera la responsabilidad internacional del Estado.³⁵⁹ El hecho de que estas normas aprobadas en el marco de un régimen democrático e incluso ratificadas o respaldadas mayoritariamente mediante mecanismos de democracia directa³⁶⁰, no dejan por este hecho de ser incompatibles con la Convención. Al producirse una situación en que un órgano falla en la creación de una norma, inmediatamente el Poder Judicial, actuando en el ámbito de sus competencias, asume la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, aún en ausencia de norma que facilite su función.³⁶¹

En este contexto, las reglas a ser consideradas por el legislador para cumplir con las obligaciones contempladas en la CADH son: i) la protección de los derechos humanos constituyen un límite a la regla mayorías³⁶²; ii) promulgar leyes que garanticen el ejercicio de los derechos; iii) evitar promulgar leyes que impidan u obstaculicen el ejercicio de los derechos³⁶³; iv) evitar promulgar leyes que restrinjan el debate público necesario en una sociedad democrática³⁶⁴; v) no suprimir o modificar leyes protejan los derechos, es decir,

³⁵⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 119.

³⁶⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, ob. cit., párr. 239.

³⁶¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 123.

³⁶² Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, ob. cit., párr. 239.

³⁶³ Cfr. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 279.

³⁶⁴ Corte IDH, *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C Nº 238, párr. 94.

evitar la regresión en su protección; vi) no promulgar leyes que impidan la investigación y sanción de atentados contra los derechos humanos; vii) considerar como prioritarios a los grupos que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad³⁶⁵; viii) implementar las modificaciones legislativas dispuestas por los órganos de protección de los Derechos Humanos en el ejercicio de sus facultades; y ix) seguir las interpretaciones de las normas de la Convención hecha por la Corte IDH³⁶⁶.

4. Los parámetros del Control de Convencionalidad de la función legislativa

Hasta aquí, se han analizado distintos aspectos tendientes a determinar la obligación del legislador de realizar un control de convencionalidad al establecer las normas jurídicas del Estado. En los puntos siguientes, se abordan los parámetros que debe observar en el ejercicio del control de convencionalidad.

4.1. La Convención Americana como parámetro del Control de Convencionalidad legislativo

El control de convencionalidad, como se ha señalado, es tarea todos los órganos y autoridades del Estado parte de la CADH, deben “interpretar y aplicar la CADH y sus estándares de derechos para evitar incurrir en responsabilidad internacional, actuando de buena fe y cumpliendo el objeto y fin del sistema interamericano”.³⁶⁷ Pero, ¿qué parámetros deben guiar al legislador para cumplir con las obligaciones convencionales sobre derechos humanos?

La Corte Interamericana, desde el momento en que introduce el control de convencionalidad en el SIDH, fijó los parámetros para su realización: por una parte, el ordenamiento jurídico interno, y por otra, la CADH y la interpretación del tratado hecho

³⁶⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 89.

³⁶⁶ Entre otros: Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, ob. cit., párr. 54 a 59.

³⁶⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno*, ob. cit., p. 35-36.

por la Corte³⁶⁸, extendiéndolo más tarde a otros tratados sobre derechos humanos del cual el Estado es parte.³⁶⁹ Posteriormente, precisó que el control de convencionalidad debe ejercerse “entre los actos u omisiones y las normas internas y la Convención Americana, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.”³⁷⁰

El primer parámetro para el ejercicio del control de convencionalidad por parte del Legislativo es la Convención Americana. Sin embargo, la Corte, invoca instrumentos “externos al sistema interamericano, que no le han conferido competencia material”³⁷¹, los que no aplica directamente, pero “recoge conceptos de aquéllos para fines de interpretación: establecimiento del contexto, conocimiento de estándares”³⁷², entre otros. Asimismo, se deben considerar “los derechos humanos que estén reconocidos en otros tratados estructuralmente vinculados al Pacto de San José³⁷³, (...) así como otros tratados de derechos humanos³⁷⁴ que han sido adoptados en el seno de la Organización de los Estados Americanos”.³⁷⁵ Asimismo, se debe tener presente que la Corte, ejerciendo el control propio de convencionalidad, se remite a instrumentos extra sistemas para que el Estado proteja de mejor forma los derechos de un grupo, por ejemplo, las mujeres.³⁷⁶

³⁶⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 124.

³⁶⁹ Entre otros: *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, (2012), párr. 262; *Caso Gudiel Álvarez y Otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, (2012), párr. 330; *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, ob. cit., párr. 212.

³⁷⁰ Corte IDH, *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 4 de febrero de 2019, Serie C Nº 373, párr. 129.

³⁷¹ GARCÍA RAMÍREZ, S., “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., p. 137.

³⁷² *Ibidem*.

³⁷³ A saber, el Protocolo para la Abolición de la Pena de Muerte (adoptado el 8 de junio de 1990) y el Protocolo de San Salvador (adoptado el 17 de noviembre de 1988). Organización de los Estados Americanos (OEA), *Tratados multilaterales Interamericanos*. Disponible en: <https://bit.ly/2MhsNyK>, (consultada el 2 de junio de 2020).

³⁷⁴ A saber, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (adoptada el 9 de diciembre de 1985); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (adoptada el 9 de junio de 1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer - “Belem do Pará” (adoptada el 9 de junio de 1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad (adoptada el 7 de junio de 1999); y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (adoptada el 15 de junio de 2015). Organización de los Estados Americanos (OEA), *Tratados multilaterales Interamericanos*. Disponible en: <https://bit.ly/2MhsNyK>, (consultada el 2 de junio de 2020).

³⁷⁵ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad”, ob. cit., p. 75.

³⁷⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C Nº 205, párr. 502.

Por otra parte, es conveniente tener en cuenta la distinción entre las normas de *hard* y *soft law*, para referirnos a las reglas expresamente contenidas en los tratados o bien recogidas en derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho y aquellas normas que sirven de guía para interpretar las primeras, las que en su conjunto forman el llamado *corpus iuris* internacional.³⁷⁷

4.2. La interpretación de la Convención Americana como parámetro del Control de Convencionalidad Legislativo

La interpretación de los derechos y libertades por parte de la Corte Interamericana como parámetro del control de convencionalidad, genera, en opinión de GOZAINI, cierta resistencia, ya que “el sistema interamericano, y en líneas generales todos los mecanismos que provocan jurisprudencia tras fronteras (...), socavan las libertades de gestión del Poder Ejecutivo, y resienten la creación legislativa, al poner a ambos, en condiciones establecidas en la interpretación dada para un derecho humano en particular”³⁷⁸ y fija el estándar, el piso y mas no el techo³⁷⁹, que el legislador debe respetar y recoger al elaborar y debatir un proyecto de ley. Ya lo advierte la Corte en el caso *Norín Catrimán y Otros vs. Chile*, al recordar que se “deben aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte (...) en ejercicio del control de convencionalidad”.³⁸⁰

Para algunos autores, por ejemplo, SILVA, “los tratados del Sistema Interamericano no obligan a lo que ellos establecen, ni tampoco a lo que los Estados entendieron al momento de suscribirlos, sino a lo que la Corte interpreta a su respecto.”³⁸¹ Lo anterior, constituiría “un cambio radical de las reglas del juego a la que los Estados se comprometieron originariamente, que sobrepasa notablemente las competencias de este

³⁷⁷ Cfr. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, ob. cit., párr. 60.

³⁷⁸ GOZAINI, O.A., “El impacto de la jurisdicción del sistema interamericano en el derecho interno”, ob. cit., p. 84.

³⁷⁹ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., p. 139.

³⁸⁰ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C N° 279, párr. 464.

³⁸¹ SILVA ABBOTT, M., “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”, ob. cit., p. 183.

tribunal internacional.”³⁸² Desde esta perspectiva, el Estado no tendría certezas sobre el alcance de sus obligaciones, ya que la Corte podría establecer nuevas obligaciones al constituirse en el “legislador convencional”.

En la vereda opuesta se encuentra la opinión de NOGUEIRA, para quien la interpretación de la Corte “debe entenderse incorporada a la norma interpretada.”³⁸³ Por tanto, en la norma que se aparta del “estándar interpretativo de la Corte IDH, hay un incumplimiento de la obligación convencional de ‘adecuación’ determinado en el artículo 2º de la CADH para otorgar un mínimo de efectividad al corpus iuris interamericano por falta de compatibilidad normativa.”³⁸⁴

Como se observa, la doctrina se encuentra dividida respecto al rol que juega la jurisprudencia de la Corte Interamericana como parámetro del control de convencionalidad, lo que amerita detenerse en este punto. Sobre el particular, no parece razonable atender únicamente a la pura literalidad del artículo 68.1 de la CADH para determinar la obligación del Estado parte. La Corte, recuerda que “el control de convencionalidad es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, solo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción”³⁸⁵, de manera que cada órgano del Estado es responsable de observar las normas de la Convención en el ámbito doméstico.

Ahora bien, ¿qué argumentos se pueden sostener en favor de la jurisprudencia de la Corte IDH como parámetro del control de convencionalidad? Siguiendo en este punto al profesor NOGUIERA, entre estos argumentos se pueden citar: i) el carácter multilateral o colectivo del SIDH, y ii) las razones de economía procesal.

El carácter multilateral o colectivo del SIDH se manifiesta en la garantía de protección común de los derechos humanos, con un único órgano facultado para interpretar las normas convencionales, donde “la eficacia directa y el efecto útil deben

³⁸² *Ibidem.*

³⁸³ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 225.

³⁸⁴ *Ibidem.*

³⁸⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión y Cumplimiento de Sentencia*, ob. cit., párr. 87.

predicarse como características del sistema interamericano tanto en las normas de la CADH como de la jurisprudencia que emana de la Corte IDH³⁸⁶. Refuerza el argumento anterior, “el hecho de que la CADH que, en su artículo 69, establece que, el fallo, además de notificarse al Estado parte objeto de la controversia, deba también ser ‘*transmitido a los Estados parte de la Convención*’³⁸⁷, posibilitando que estos tomen conocimiento tanto de la sentencia como del contenido de la misma, que desde luego pueden aplicar como estándar para cumplir con la obligación de adoptar medidas legislativas, la que no desaparece por el hecho de haber legislado ya en una materia específica.³⁸⁸

La Convención Americana, establece otras normas que refuerzan el carácter colectivo del SIDH, por ejemplo, el artículo 65, que dispone la que Corte debe dar cuenta a la Asamblea General de la OEA, sobre aquellos casos en que un Estado no ha dado cumplimiento a sus fallos; el artículo 27.3, sobre la obligación del Estado de informar con detalle a los demás Estados parte, vía Secretario General de la OEA, cuando hace uso de la suspensión permitida de sus obligaciones convencionales; y el artículo 61.1, que habilita a los Estados para someter un caso concreto a la decisión de la Corte. Las disposiciones citadas, permiten sostener que la protección de los derechos humanos es tarea común de los Estados parte de la Convención, en donde estos “*deben actuar de buena fe y prevenir incurrir en vulneración de derechos humanos*”.³⁸⁹

En segundo lugar, la protección de los derechos humanos debe asumir la historia y las desigualdades del continente. En un sistema coherente y efectivo de protección “no tiene sentido llenar de casos idénticos a la Corte IDH, que debe resolver otros casos relevantes y urgentes”³⁹⁰. En consecuencia, el principio de economía procesal tiene plena

³⁸⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH...”, ob. cit., p. 198.

³⁸⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit. p. 225. Se conserva la cursiva del texto original.

³⁸⁸ La obligación de un Estado parte de la CADH de adoptar disposiciones de Derecho interno en la hipótesis establecida en su artículo 2, no se debe entender que se cumple de una vez y para siempre. Es necesario una continua actividad de “verificación” del cumplimiento de esta obligación, en atención a la interpretación dinámica que la Corte hace de las disposiciones de la Convención. Entonces, la jurisprudencia como parámetro del control de convencionalidad juega un rol clave en cuanto desarrolla el contenido de una norma, o bien fija los procedimientos que se deben tener en cuenta para proteger de mejor manera el derecho, salvo que la norma interna se más protectora que el interamericano.

³⁸⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 231. Se mantiene la cursiva del original.

³⁹⁰ *Ídem*, p. 232.

aplicación, puesto que “al pronunciarse en las sentencias y opiniones consultivas interpreta en forma auténtica y final, dotando de contenido a las disposiciones de la CADH, de modo que su doctrina legal y la *ratio decidendi* de las sentencias constituyen una extensión de la CADH.”³⁹¹

4.3. La cosa juzgada internacional y los efectos de la interpretación de la Convención Americana

La jurisprudencia de la Corte IDH como parámetro del control de convencionalidad de la función legislativa, contribuye a garantizar en el ámbito interno los derechos y libertades en cuanto estándar mínimo y común para todas las personas en el SIDH. ¿Atenta la exigencia de la Corte IDH de considerar su jurisprudencia como parámetro del control de convencionalidad a la soberanía del Estado? En mi opinión, la Corte en su jurisprudencia ratifica la soberanía del Estado, puesto que, como se ha dicho, es él quien primero debe velar por el respeto y garantía de los derechos y las libertades, y ella sólo cumple un rol subsidiario, centrando “su actividad en establecer estándares comunes, señalar principios interpretativos, y precisar los atributos y garantías de los derechos ligadas a las normas que emanan de del corpus iuris interamericano.”³⁹² A la Corte, sólo como última *ratio* “le corresponde declarar la inconventionalidad del producto normativo del legislador democrático que viola derechos humanos”.³⁹³

La Corte Interamericana, que reconoce su rol subsidiario al ejercer su competencia consultiva o contenciosa, va generando una jurisprudencia que las autoridades del Estado, como se dijo, deben considerar como parámetro a la hora de ejercer el control de convencionalidad. Pero ¿es obligatoria la “*res interpretata*” para los Estados parte de la Convención? Antes de seguir, se debe señalar que las sentencias de la Corte tienen fuerza de cosa juzgada internacional, ya que sus fallos son definitivos e inapelables y sólo admiten interpretación, según lo dispone el artículo 67 de la Convención Americana.

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH...”, ob. cit., p. 201.

³⁹³ *Ídem*, p. 209.

La doctrina de la “*cosa interpretada*” es analizada por la Corte en su *Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del caso Gelman vs. Uruguay*, de 2013. En ella, la Corte argumenta que “sus sentencias producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales”³⁹⁴. Estos efectos se extienden, en opinión de FERRER MAC-GREGOR, “de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana”³⁹⁵, produciendo “una eficacia erga omnes hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional”.³⁹⁶

La *cosa interpretada*, esto es, “el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al corpus juris interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia”³⁹⁷, tiene como finalidad “lograr una efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable por todas las autoridades en el ámbito nacional”³⁹⁸; finalidad que parece lógica en atención a la forma en que se estructura el SIDH. Sin embargo, no se puede predicar, en mi opinión, como obligación absoluta seguir los criterios jurisprudenciales de la Corte, puesto que un Estado parte de la Convención, hipotéticamente puede tener estándares mayores de protección de derechos, por tanto, el Estado podrá “dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana.”³⁹⁹

³⁹⁴ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión y Cumplimiento de Sentencia*, ob. cit., párr. 87.

³⁹⁵ FERRER MAC-GREGOR POISOT, E., *Voto Razonado en el Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión y Cumplimiento de Sentencia*, de 20 de marzo de 2013, párr. 31.

³⁹⁶ *Ídem*, párr. 33.

³⁹⁷ *Ídem*, párr. 43.

³⁹⁸ *Ídem*, párr. 44.

³⁹⁹ *Ídem*, párr. 69.

El Juez VIO GROSSI, sostiene una postura contraria al efecto *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, basándose en el artículo 68 de la Convención. En efecto, “[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”⁴⁰⁰. Por tanto, la Corte no le corresponde transformar su competencia contenciosa o consultiva en una instancia normativa para modificar la Convención.⁴⁰¹ Entonces, ¿es el trabajo de interpretación de la Corte inútil o bien efectivamente se extralimita en sus funciones?

La respuesta de Juez VIO GROSSI, es ambivalente: por una parte sostiene que cosa interpretada sólo es vinculante para los Estados parte del caso; y por otra, reconoce que el control de convencionalidad preventivo, sin ser obligatorio, “ha desempeñado y de seguro lo continuará haciendo, un relevante e insustituible rol, en especial, en lo que concierne la incorporación de la Convención al Derecho Interno”⁴⁰². Con todo, no deja de advertir que “si la Corte asumiera, tácita o expresamente, la función normativa interamericana bajo el amparo del ejercicio de su función de interpretar la Convención, podría afectar seriamente el derecho de los Estados a formular reserva de la norma convencional interpretada.”⁴⁰³

En el ámbito del control de convencionalidad de la función legislativa, la opinión del Juez VIO GROSSI, resume bien los argumentos esgrimidos para cuestionar, en el ámbito legislativo, la fuerza vinculante de las decisiones de los órganos de protección de los derechos humanos.⁴⁰⁴ Si bien es cierto que cabe preguntarse “hasta donde puede avanzar

⁴⁰⁰ VIO GROSSI, E., *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 de 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24, párr. 165.

⁴⁰¹ Cfr. *Ídem*, párr. 7.

⁴⁰² *Ídem*, párr. 133.

⁴⁰³ *Ídem*, párr. 8.

⁴⁰⁴ El debate parlamentario sobre la obligación de legislar por disposición de un fallo de la Corte Interamericana, generalmente, se centra en su supuesta falta de obligatoriedad para el Poder Legislativo, pues sería soberano para legislar, sin que esté supeditado a las decisiones de órganos internacionales. En el Senado chileno, durante la discusión de la Ley N° 19.742, de Reforma Constitucional que eliminó la censura cinematográfica previa, uno de sus integrantes sostuvo: “No estamos obligados a incorporarla

la jurisprudencia de la Corte en materias no previstas en la Convención de manera expresa y respecto de las que existe un margen de duda”⁴⁰⁵, esta colabora de manera efectiva a configurar la protección de los derechos por vía legislativa y a provocar el cambio social que requiere su respeto y protección.

La invocación frecuente de la soberanía del Estado, no es coherente con un sistema de protección de derechos de carácter colectivo⁴⁰⁶, puesto que por su naturaleza, es “limitadora de un entendimiento absolutista de la soberanía.”⁴⁰⁷ Este es un tema complejo: los gobiernos, como representantes del Estado y las demás autoridades, no anteponen su obligación de respeto y garantía de los derechos como elemento esencial de su acción y abogan por mayores ámbitos de libertad para desarrollar sus políticas y mayor aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional.⁴⁰⁸ Sin embargo, “la concepción contemporánea de la soberanía asume su ejercicio limitado, ya que la protección de los derechos humanos se encuentra por sobre el ejercicio del poder estatal”.⁴⁰⁹

La protección de los derechos humanos, como límite al poder estatal, vincula a “todos los poderes públicos y no sólo de los órganos judiciales, todos y cada uno de los órganos del Estado Parte [de la Convención] son Estado Juez, Estado gobierno, Estado

porque existan tratados internacionales sobre la materia, pues ninguno de éstos se halla por sobre la Constitución; ni tampoco porque existan sentencias o porque tribunales internacionales se hayan pronunciado con respecto al asunto. La conocemos por la voluntad soberana que tiene este Parlamento de ejercer su facultad constituyente, sin necesidad de estar subordinado a ninguna legislación internacional ni a ninguna resolución de tribunal internacional...” BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (BCN), *Historia de la Ley N° 19.742, Reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística*. Disponible en: <http://bcn.cl/2dvfb>, (consultada el 2 de mayo 2020). La cursiva es nuestra.

⁴⁰⁵ VIO GROSSI, E., *Voto Individual a la Opinión Consultiva Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, ob. cit., párr. 173.

⁴⁰⁶ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., “Cumplimiento de las sentencias y trascendencia de la Jurisprudencia Interamericana”, ob. cit., p. 13.

⁴⁰⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH...”, ob. cit., p. 209.

⁴⁰⁸ En opinión de el ex Juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, el control de convencionalidad interno, supone cierto “margen de apreciación nacional”, doctrina analizada expresamente por la doctrina y la jurisprudencia europea, no así en América, ya que sería imposible excluirlo en aquellos casos en que no existe una decisión del tribunal supranacional o bien que pudiesen existir en el ámbito interno mejor protección a las personas. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., “El control judicial interno de convencionalidad”, ob. cit., p. 128.

⁴⁰⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 235.

Administración, Estado parlamento, Estado poder constituyente instituido”.⁴¹⁰ Siendo así, toda la actividad de sus órganos, “se encuentra sometida al respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en la Constitución (...) y en el sistema internacional.”⁴¹¹ En este contexto, el legislador fortalece la función legislativa por medio del control de convencionalidad, puesto que sus parámetros permiten que las leyes incorporen paulatinamente un cambios social cimentado en el respeto y protección de la dignidad humana.

5. Control de Convencionalidad como parte del cumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana, ejerciendo su competencia contenciosa, puede ordenar al Estado introducir modificaciones en su Derecho interno para cumplir con la obligación general establecida en el artículo 2 de la CADH. Los efectos vinculantes de una sentencia condenatoria no se limitan “a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquella es vinculante en su integridad, incluyendo su ratio decidendi.”⁴¹²

El control de convencionalidad como parte del cumplimiento de un fallo del Tribunal de San José, es un control “estricto”, esto es, debe ser ejercido observando exactamente lo dispuesto en el fallo, “sin ninguna posibilidad de desviarse del estándar que ya ha sido establecido en ese caso concreto”.⁴¹³ La imposibilidad de apartarse del mandato establecido en la sentencia, constituye la diferencia fundamental cuando dicho control es “considerado como una doctrina de aplicación general para todos los Estados Parte de la Convención”⁴¹⁴, que dependerá de la configuración específica de cada ordenamiento jurídico.

⁴¹⁰ *Ídem*, p. 232.

⁴¹¹ AMAYA, J.A., *Control de constitucionalidad y convencionalidad*, ob. cit., p. 398 – 399.

⁴¹² Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión y Cumplimiento de Sentencia*, ob. cit., párr. 102.

⁴¹³ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad”, ob. cit., p. 88 - 89.

⁴¹⁴ *Ídem*, p. 88.

En materia de ejecución de sentencias de la Corte IDH⁴¹⁵, se evidencia un problema complejo de resolver⁴¹⁶, puesto que ellas “carecen de fuerza vinculante directa al interior de los Estados Partes de la Convención que han reconocido su competencia y tampoco la Corte tiene competencia, por ende, para ejecutar o hacer cumplir lo que resuelve.”⁴¹⁷ En mi opinión, este aspecto plantea un desafío mayor: el fortalecimiento del SIDH en base a un control de convencionalidad dinámico y multinivel, que evite, como dice el ex Juez GARCÍA, recibir 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.”⁴¹⁸

El nivel de incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, no puede conducir, en mi opinión, a negar, basándose sobre este dato empírico, la viabilidad del control de convencionalidad.⁴¹⁹ Es necesaria una investigación detallada sobre los efectos de las sentencias que si se cumplen.⁴²⁰ Asimismo, no hay que confundir, como sostiene NASH, el control de convencionalidad y la obligación de cumplir los fallos internacionales. Se trata de “dos cosas vinculadas, pero distintas. (...) En este caso estamos ante una obligación especial [cumplir la sentencia] fundada en el artículo 68.1 de la CADH. Puede ser, (...) que el control de convencionalidad sea una garantía de no

⁴¹⁵ En su Informe correspondiente al año 2019, la Corte IDH señala que existen 239 casos en Etapa de Supervisión, de los cuales 54 tienen pendiente de cumplimiento 1 o 2 medidas. El número de casos señalados implica la supervisión de 1153 medidas de reparación. En cuanto al número de casos Archivados por Cumplimiento, llega a un total de 35. Cfr. Corte IDH, *Informe Anual 2019.*, ob. cit., p. 62-63.

⁴¹⁶ Sobre el particular se puede consultar a: ROUSSET SIRI, A., *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 2018.

⁴¹⁷ VIO GROSSI, E., *Voto Individual a la Opinión Consultiva Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, ob. cit., párr. 170.

⁴¹⁸ GARCÍA RAMÍREZ, S., *Voto Concurrente Razonado en el Caso Tibi vs. Ecuador*, ob. cit., párr. 5.

⁴¹⁹ Cfr. SILVA ABBOTT, M., “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, ob. cit.

⁴²⁰ Los estudios realizados bajo la perspectiva del “todo o nada” conducen a establecer el fracaso del SIDH, considerando el desbalance entre cumplimiento e incumplimiento, consignado en los Informes Anuales de la Corte IDH. Sin embargo, y siguiendo en este punto al ex Juez Sergio Ramírez, si nos centramos en la magnitud de los aspectos de las sentencias que si se cumplen y el influjo que ellas generan en la protección de los derechos humanos la conclusión es diferente: la efectividad se mide por la trascendencia en el ámbito interno de los Estados. Así, la jurisprudencia de la Corte, ha sentado criterios, por ejemplo, sobre la naturaleza de las violaciones de los derechos humanos, la responsabilidad los autores, deber de investigar, admisión de responsabilidad por parte del Estado, la indemnización compensatoria, garantías de no repetición, etc. Y, en el campo de estudio de este trabajo, reforma de constituciones, creación y modificaciones de leyes y de prácticas estatales, que llevan a pensar en un sistema capaz de generar cambios positivos en el ámbito doméstico de los Estados. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., “Cumplimiento de las sentencias y trascendencia de la Jurisprudencia Interamericana”, ob. cit., p. 22-23.

repetición, pero eso tiene que ver con la concreción de la obligación de garantía y no con el cumplimiento de lo ordenado por la Corte a modo de restitución u otra”.⁴²¹

Los mandatos contenidos en las sentencias de la Corte Interamericana, en la materia que nos ocupa, son de variada índole y precisión. Así, por ejemplo, en el caso chileno ha dispuesto: reformar, (...) su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión⁴²²; derogar y modificar cualquier norma interna que sea incompatible con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión⁴²³; adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar⁴²⁴; regular con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad⁴²⁵; adoptar medidas legislativas para poner a disposición de los condenados en Consejos de Guerra un mecanismo efectivo para revisar y anular las sentencias de condena que fueron proferidas en procesos que pudieron tomar en cuenta prueba y/o confesiones obtenidas bajo tortura⁴²⁶; que el Decreto Ley No. 2.191 sobre amnistía⁴²⁷, carece de efectos jurídicos⁴²⁸; y evitar promulgar aquellas leyes que impidan, supriman o modifiquen el libre ejercicio de los derechos⁴²⁹.

Para el Poder Legislativo, entonces, el ejercicio del control de convencionalidad propio, concentrado o externo de la Corte Interamericana, importa poner en movimiento su función bajo los estándares establecidos en el respectivo fallo, luego de operar el carácter subsidiario de protección del SIDH. Los estándares establecidos en esta materia

⁴²¹ NASH ROJAS, C., *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación*, ob. cit., p. 208-209.

⁴²² Cfr. Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Fondo, *Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 98.

⁴²³ Cfr. Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Fondo, *Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 254.

⁴²⁴ *Ídem*, párr. 256.

⁴²⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche vs. Chile)*, Fondo, *Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 436.

⁴²⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, Fondo, *Reparaciones y Costas*, *Sentencia de 2 de septiembre de 2015, Serie C N° 300*, párr. 170.

⁴²⁷ Decreto Ley N° 2.191, *Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala*, publicado en el Diario Oficial de 19 de abril de 1978. Disponible en: <http://bcn.cl/1v3xd>, (consultada el 28 de agosto de 2019).

⁴²⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *Excepciones Preliminares*, Fondo, *Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 119, 145 y 171, N° 3.

⁴²⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, *Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 279.

por la Corte IDH, se dirigen a precisar el contenido de las normas de Derecho interno. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se ordena “derogar y modificar cualesquiera normas internas que sean incompatibles con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y de expresión”⁴³⁰, o bien que se “regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, (...) así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada”.⁴³¹

La finalidad que persigue el control de convencionalidad como parte del cumplimiento de un fallo de la Corte, es garantizar que el contenido mínimo de las normas en relación con los derechos humanos, considerando los estándares jurisprudenciales de la Corte, en que explica por qué el Estado debe adoptarlo y la forma en que se vincula la obligación general del artículo 2 de la Convención y los derechos que ella reconoce. Así, en *Radilla Pacheco vs. México*, se releva esa conexión, al establecer que México incumplió la obligación citada, en relación con sus artículos 8 y 25, “al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.”⁴³²

CAPÍTULO IV: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA: ANÁLISIS Y PERSPECTIVA A PARTIR DEL CASO CHILENO

1. Marco normativo constitucional sobre el Control de Convencionalidad en Chile

En el Capítulo III, he analizado el control de convencionalidad de la función legislativa en abstracto. En los apartados siguientes, corresponde estudiar *cómo* opera este instrumento en un país concreto, de acuerdo a los parámetros ya analizados, en su legislación e instituciones.

⁴³⁰ Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 254.

⁴³¹ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 436.

⁴³² Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 289.

1.1. Consideraciones generales sobre Control de Convencionalidad y función legislativa en Chile

La existencia de un régimen democrático, como se dijo, “no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁴³³. El control de convencionalidad legislativo, sitúa al legislador en un rol preponderante, ya que el control de convencionalidad jurisdiccional tendrá lugar cuando él “falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana”⁴³⁴ y su rol facilita “la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular”.⁴³⁵

En los últimos años el Congreso Nacional chileno, ha implementado una serie de medidas para promover y garantizar los derechos humanos; entre ellas, las comisiones permanentes de Derechos Humanos, de Género, de Pueblos Indígenas, de Transparencia, etc. Sin embargo, factores como la hiperinflación legislativa y la falta de un concepto integrador sobre la materia en la función legislativa, como quedó de manifiesto en el “Informe del Consejo de Modernización la Labor Legislativa”, donde no hay ni una sola mención expresa a ellos ⁴³⁶, dificultan el ejercicio efectivo del control de convencionalidad como regla.

La doctrina especializada en el proceso legislativo, por otra parte, tampoco pone énfasis en que este proceso que debe estar encaminado a que “todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, (...) que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁴³⁷. Una vista

⁴³³ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, ob. cit., párr. 239.

⁴³⁴ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 123.

⁴³⁵ *Ibidem*.

⁴³⁶ Cfr. CONSEJO DE LA MODERNIZACIÓN LEGISLATIVA – CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Informe Final del Consejo de la Modernización Legislativa*, Santiago de Chile, 2015. Disponible en: <https://bit.ly/2XvPAgu>, (consultada el 4 de junio de 2020).

⁴³⁷ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo*, ob. cit., párr. 166.

rápida a los índices de sus obras evidencia la necesidad de una mirada transversal sobre los derechos humanos.⁴³⁸

El contexto político en que se generan las leyes, en que los debates escapan a las consideraciones puramente jurídicas, plantean la necesidad de reforzar la obligación del Estado en cuanto a cumplir con sus obligaciones internacionales “el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”⁴³⁹, para lo cual es necesario apoyarse en todos los mecanismos que conduzcan al cumplimiento de la citada finalidad.

1.2. Las bases de la institucionalidad y los Derechos Humanos como límites de la soberanía

La Constitución Política de la República (en adelante CPR) chilena de 1980, parte declarando que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”⁴⁴⁰, fijando el marco toda actuación de los órganos y autoridades del Estado. Más adelante dispone: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.⁴⁴¹ El Estado, por mandato constitucional, debe establecer para todas las personas las condiciones que permitir la realización de su proyecto de vida con pleno respeto de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados ratificados y vigente.

Los preceptos constitucionales citados asumen la dignidad humana como “*el mínimo invulnerable del ser humano* que el ordenamiento jurídico debe asegurar respecto

⁴³⁸ En la elaboración del presente Capítulo, consideré las obras de autores que han tenido participación directa en el trabajo legislativo como asesores de los parlamentarios y las parlamentarias. En ellas se detallan a cabalidad las diversas etapas de tramitación de un proyecto de ley, en que conjugan la teoría y la práctica. Sin embargo, ninguna de ellas hace referencia expresa al control de convencionalidad.

⁴³⁹ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 128.

⁴⁴⁰ Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2dw6k>, (consultada el 4 de mayo de 2020, inciso 1º, artículo 1º).

⁴⁴¹ *Ídem*, inciso 4º, artículo 1º.

a cada persona”⁴⁴², lo cual no puede soslayar el legislador al ejercer la función legislativa, ya que la dignidad humana “se constituye el valor supremo y en el principio que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional”.⁴⁴³ La Carta Fundamental chilena, incorpora la concepción de dignidad humana reconocida en los tratados sobre derechos humanos mediante la ratificación, situándola “como la fuente sustantiva de todos los derechos fundamentales, irradiando con ello todo el sistema jurídico”⁴⁴⁴ nacional.

La primera parte del inciso 2º de artículo 5º de la CPR de 1980, sitúa a los derechos humanos como un límite al ejercicio de la soberanía, al decir que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.”⁴⁴⁵ Existe, entonces, un reconocimiento expreso de los “derechos esenciales” de las personas, que nacen de la dignidad humana, idea que se encuentra en el núcleo de estos derechos y cuyo rol “sería el de concretar ciertas exigencias que derivan incondicionalmente de esa idea, esto es, se trataría de exigencias que no pueden ser omitidas o soslayadas”⁴⁴⁶ y operan como límite infranqueable al poder. Por tanto, “limitan el ejercicio de la potestad constituyente derivada o instituida y la potestad de los órganos instituidos por la Carta Fundamental”⁴⁴⁷, de manera que el pueblo y las autoridades establecidas en la Constitución, que son quienes ejercen la soberanía⁴⁴⁸, no pueden traspasar esta frontera.⁴⁴⁹

⁴⁴² NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 118. Cursiva en el original.

⁴⁴³ *Ídem*, p. 119.

⁴⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁴⁵ Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2dw6o>, (consultada el 4 de mayo de 2020), inciso 2º, artículo 5º.

⁴⁴⁶ SQUELLA NARDUCCI, A., *Derechos Humanos*, ob. cit., p. 26.

⁴⁴⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 120. Cursiva en el original.

⁴⁴⁸ Cfr. Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2dw6o>, (consultada el 4 de mayo de 2020), inciso 1º, artículo 5º.

⁴⁴⁹ Para Urquizar y Aguilera, el proceso de formación de la ley tiene dos límites. El primero, de naturaleza mutable, dice relación con la obligación de todos los del Estado de ajustar su acción a la Constitución. El segundo, esencialmente inmutable, se trata una limitación que reconoce derechos que la Carta Fundamental no ha creado, sino que simplemente declara su existencia previa, regulando su ejercicio y dotándolos de mecanismos de protección e incluso los refuerza, transformando la acción del Estado un deber positivo de protegerlos adecuadamente. Cfr. URQUÍZAR MUÑOZ, P. y AGUILERA MEDINA, C., *La formación de la Ley*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2019, p. 76 – 85.

La Carta Fundamental chilena, en relación con los humanos, establece como “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”⁴⁵⁰ Estos derechos, no son una creación del constituyente ni derivan “del hecho de ser nacionales de un determinado Estado”, como sostiene el Preámbulo de la CADH.

Al incorporar el deber de respeto y promoción de los derechos garantizados en la Constitución y en los tratados ratificados y vigentes, el Estado debe respetar, por ejemplo, las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la CADH y la interpretación que de estas disposiciones haga la Corte Interamericana. Así, deberá “no realizar ninguna acción u omisión que vaya en detrimento de los derechos (...) [y] concretar una acción positiva destinada a remover cualquier obstáculo que afecte el pleno goce y ejercicio de los derechos”.⁴⁵¹

La parte final del inciso 2º del artículo 5º de la Carta Fundamental chilena, al señalar en forma expresa a los tratados internacionales, obliga sus órganos a respetarlos y promoverlos.⁴⁵² Así, el Estado legislador, al desarrollar su función legislativa debe observar los derechos y las libertades reconocidos en los tratados, por ejemplo, la Convención Americana. En este contexto, el control de convencionalidad tiene como finalidad el establecimiento de normas jurídicas concordantes con el DIDH, evitando su responsabilidad internacional.

La CPR, por otro lado, limita la facultad del legislador nacional para modificar un tratado. El inciso 5º, N°1 del artículo 54 de la Constitución, establece que: “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la

⁴⁵⁰ Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2dw6o>, (consultada el 4 de mayo de 2020), inciso 2º, artículo 5º.

⁴⁵¹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 124.

⁴⁵² El Tribunal Constitucional chileno, establece que los derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover, son aquellos que están garantizados en la Constitución y en los tratados y no solo aquellos que emanan de la “naturaleza humana”. Profundizando sobre este punto, el Tribunal plantea implícitamente que el Constituyente puede asegurar mayores derechos, al sostener que su función radica en ocuparse de aquellos “asegurados” en la Constitución y los tratados. Cfr. Tribunal Constitucional (TC), Sentencia de 28 de agosto de 2017, Rol N° 3729-17, considerando 74º.

forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.”⁴⁵³ Entonces, ¿qué función cumplen los tratados ratificados y vigentes en el proceso legislativo? Constituyen un parámetro para el ejercicio de la función legislativa, y en concordancia con el artículo 29, c) de la CADH⁴⁵⁴, no impide establecer mayores estándares de protección de derechos a nivel interno.

De los textos constitucionales citados, especialmente el inciso 2º del artículo 5º, se desprende que la dignidad humana y la limitación de la soberanía, gobiernan el desarrollo de la función legislativa, al reconocer en forma expresa que los derechos humanos constituyen un límite para el legislador, y tal como lo dice la Corte Interamericana, su protección es “un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas”.⁴⁵⁵ Esta perspectiva, que excluye un concepto de soberanía ilimitada, es “asumida como obligatoria para los Estados parte del sistema interamericano al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁴⁵⁶

1.3. Los Tratados Internacionales como norma de Derecho Interno: el Bloque de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad

El “bloque de constitucionalidad” o “bloque constitucionalidad de derechos fundamentales”⁴⁵⁷, constituye “un bloque unitario y sistemático de carácter permanente, con un mismo fundamento y con una misma fuerza normativa, constituyéndose en fuentes supremas del ordenamiento jurídico nacional (...) [y en] el núcleo sustantivo esencial o

⁴⁵³ Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2dwqt>, (consultada el 4 de mayo de 2020), inciso 5º, nº 1, artículo 54.

⁴⁵⁴ “Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

⁴⁵⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones*, ob. cit., párr. 239.

⁴⁵⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 122.

⁴⁵⁷ El profesor Nogueira, utiliza la expresión “bloque de derechos fundamentales”, puesto que es más preciso y con un sentido unívoco y porque hace referencia a derechos caracterizados por su “fundamentalidad”, en cuanto constituyen atributos fundados y que surgen de la dignidad humana. Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, año13, nº 2, 2015, pp. 301-350, p. 307.

básico de la Constitución”⁴⁵⁸, y como tal obliga al legislador en el ejercicio de la función legislativa, la que tiene como parámetro no sólo el texto constitucional expreso sino también “el derecho convencional y el derecho consuetudinario internacional, como asimismo por las normas imperativas de *ius cogens*, cualquiera sea la fuente convencional o consuetudinaria en que estas últimas estén contenidas”⁴⁵⁹

Es importante señalar que la dimensión que incorpora el inciso 2º del artículo 5º de la CPR sobre los tratados internacionales ratificados y que se encuentren vigentes, permiten instalar al legislador en un contexto normativo más amplio que el texto formal de la Constitución. En consecuencia, cada vez que un proyecto de ley, sea una moción o un mensaje, es sometido a trámite legislativo debe considerar los atributos de los derechos y las garantías del Derecho convencional, en cuanto constitución material limitadora del poder del Estado.⁴⁶⁰ Así, las y los Congresistas, en su función deberá tener presente los derechos asegurados en: i) el texto formal de la Constitución; ii) el derecho convencional ratificado y vigente; iii) el derecho consuetudinario internacional; iv) los principios de *ius cogens*; y v) los derechos implícitos o no enumerados desarrollados por la jurisprudencia⁴⁶¹.

Es necesario, por otra parte, señalar que el control de convencionalidad se vincula y complementa con el bloque de constitucionalidad, aunque persiguen objetivos distintos. En primero, “dota de eficacia directa a los derechos humanos que constituyen el corpus iuris interamericano y el bloque convencional de derechos, haciendo efectiva la limitación de poder estatal”⁴⁶², en cuanto persigue que las disposiciones y fines de la Convención preserven su efectividad y confronta a la norma interna, en este caso la iniciativa legislativa, con las disposiciones de la CADH, sus protocolos y la jurisprudencia de la Corte IDH, como su intérprete final. El segundo, en cambio, “posibilita la integración de los derechos humanos asegurados en las fuentes del derecho

⁴⁵⁸ *Ídem*, p. 314.

⁴⁵⁹ *Ídem*, p. 313.

⁴⁶⁰ Cfr. *Ídem*, p. 315.

⁴⁶¹ *Ibidem*.

⁴⁶² NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 132.

internacional, especialmente el derecho convencional ratificado y vigente”⁴⁶³, el que al elaborar y debatir una moción legislativa, actúa como límite del poder estatal.

Las iniciativas legislativas, tanto en su elaboración, discusión y resultado deben ajustarse a la Carta Fundamental, pues ella, como ha dicho la Corte IDH “determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial”.⁴⁶⁴ La inobservancia de los tratados genera responsabilidad internacional del Estado; de ahí la importancia del control de convencionalidad del proceso que culmina, en el caso chileno, con la publicación de la ley en el Diario Oficial. No tiene sentido colocar al Estado en la posibilidad de violar los derechos humanos por vía legislativa, como resultado de haber omitido el control de convencionalidad. Aunque exista la salvaguarda del recurso al Poder Judicial al fallar el Legislativo en su tarea, no se debe olvidar que el legislador juega un rol insustituible en la protección de los derechos.

1.4. La supremacía constitucional como fundamento del Control de Convencionalidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido reiteradamente en su jurisprudencia que el control de convencionalidad por los órganos del Estado debe realizarse “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.”⁴⁶⁵ La doctrina citada garantiza que cada órgano cumpla con sus obligaciones relacionadas con el control de convencionalidad en un marco determinado. Por tanto, el Legislativo y el Ejecutivo como colegislador, realizarán el control de convencionalidad con apego a la Constitución, la Ley Orgánica Constitucional de Congreso Nacional (LOCCN)⁴⁶⁶ y al Reglamento de la Cámara de

⁴⁶³ *Ídem*, p. 131.

⁴⁶⁴ Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 72.

⁴⁶⁵ Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 128.

⁴⁶⁶ Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Disponible en: <http://bcn.cl/25mjw>, (consultada el 5 de mayo de 2020).

Diputadas y Diputados (RCDyD)⁴⁶⁷ y el Senado (RS)⁴⁶⁸, como marco jurídico de su actuación.

Para que un órgano del Estado realice válidamente el control de convencionalidad en el ámbito doméstico, por disposición del artículo 7º de Constitución, requerirá “previa investidura regular de sus integrantes, [actuar] dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”⁴⁶⁹. Entonces, la exigencia de realizar un control de convencionalidad legislativo, en los términos planteados por la Corte a partir de la doctrina fijada en *Trabajadores Cesados del Congreso*, no se contrapone a la norma constitucional, pues si así lo hiciera, ese acto sería “nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”⁴⁷⁰. Además, no hay que olvidar que se prohíbe a toda magistratura, persona o grupo de persona “atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.”⁴⁷¹ En consecuencia, el control de convencionalidad que se plantea, respeta las norma constitucional e infra constitucional.

La obligación de respetar y promover los derechos garantizados en los tratados ratificados y vigentes, vincula “tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.⁴⁷² Los preceptos constitucionales citados “exige[n] no solo operar conforme a las normas constitucionales, sino también conforme a los tratados ratificados y vigentes”⁴⁷³, de modo que al presentar una iniciativa legislativa a consideración de las Cámaras del Congreso, por mandato constitucional, aquellos derechos garantizados, por ejemplo, en la CADH, deben ser considerados en el debate parlamentario como un estándar mínimo de la norma que se pretende incorporar en ordenamiento jurídico doméstico, evitando el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento del tratado.

⁴⁶⁷ Reglamento de la Cámara de Diputadas y Diputados. Disponible en: <http://bcn.cl/2dypz>, (consultada el 5 de mayo de 2020).

⁴⁶⁸ Reglamento del Senado. Disponible en: <http://bcn.cl/2dyq0>, (consultada el 5 de mayo de 2020).

⁴⁶⁹ Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2cp2c>, (consultada el 5 de mayo de 2020), inciso 1º, artículo 7º.

⁴⁷⁰ *Ídem*, inciso 3º, artículo 7º.

⁴⁷¹ *Ibidem*.

⁴⁷² *Ídem*, inciso 2º, artículo 6º.

⁴⁷³ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 140.

Un proyecto de ley presentado al Congreso Nacional para su discusión, puede crear, modificar o derogar normas, cualquiera sea su rango. Sin embargo, las disposiciones de un tratado, que reconocen derechos “asegurados constitucionalmente y el Estado se ha comprometido igualmente a respetarlos, asegurarlos y promoverlos en cuanto atributos de la persona humana”⁴⁷⁴, no pueden ser modificadas o derogadas en el ejercicio de la función legislativa, ya que la propia Constitución lo prohíbe. Por tanto, el legislador debe promover y respetar los derechos reconocidos por una norma incorporada al Derecho interno, pero que por su naturaleza escapa al régimen modificadorio general al que se encuentran sometidas el resto de las normas internas.

¿Tienen los tratados, entonces, una jerarquía superior a la Constitución? NOGUEIRA, sostiene que la Constitución chilena “no determina la jerarquía del derecho internacional, lo único que hace es determinar que este se aplica preferentemente al derecho interno mientras esté válidamente incorporado al ordenamiento jurídico nacional”.⁴⁷⁵ El Derecho internacional, tampoco indica la forma en que debe ser incorporado ni su jerarquía en el derecho interno.⁴⁷⁶ Será cada Estado el encargado de establecer la forma en que incorpora el DIDH y el lugar que ocupa en su ordenamiento jurídico, con la sola exigencia de respetar las normas de la CVDT, en cuanto debe “aplicarse preferentemente, no pudiendo derogarse, suspenderse ni modificarse sino de acuerdo con las reglas de propio tratado internacional o conforme a las reglas generales del derecho internacional”.⁴⁷⁷

2. La estructura institucional del Congreso Nacional y el desarrollo del Control de Convencionalidad

El Estado chileno al ratificar la CADH, asumió las obligaciones generales de respeto, garantía y de adecuación normativa, cumplidas efectivamente “cuando el Estado adapta

⁴⁷⁴ *Ídem*, p. 35.

⁴⁷⁵ *Ídem*, p. 141.

⁴⁷⁶ Cfr. NASH ROJAS, C., *Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia internacional en Chile*, ob. cit., p. 18.

⁴⁷⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 141.

su actuación y su derecho interno sustantivo y procesal a la normativa de protección de los derechos asegurados por el corpus iuris interamericano”.⁴⁷⁸ Interesa conocer ahora, aunque de manera general, la estructura institucional del Congreso Nacional chileno que permita el control de convencionalidad de los proyectos de ley.

El Congreso Nacional⁴⁷⁹, cuyas instituciones juegan un rol central en la tramitación de un proyecto de ley⁴⁸⁰, se compone de dos Cámaras y es el órgano en cargo de la formación de las leyes en conformidad con la Constitución. Cada una de las Cámaras tiene las atribuciones que la Constitución establece.⁴⁸¹ Tanto la Cámara de Diputadas y Diputados como el Senado, se encuentran regulados por la LOCCN y por sus respectivos Reglamentos. La Carta Fundamental entrega a cada Cámara atribuciones y facultades específicas.

El trabajo legislativo se desarrolla en sesiones de Comisión y Sala. Las Comisiones “son la piedra angular del trabajo legislativo. En ellas un grupo reducido de congresistas (...) estudian y toman decisiones en relación a proyectos de ley”.⁴⁸² En cada Comisión juega un rol importante su presidente o presidenta. Igual importancia tienen quienes presiden las Corporaciones.⁴⁸³ Las comisiones, según sea su tipo, se conforman por un número variable de congresistas. En la Cámara de Diputadas y Diputados, sus integrantes son elegidos a propuesta de su Mesa y pueden ser reemplazados a propuesta del Jefe de Comité⁴⁸⁴. En el Senado, en cambio, son elegidos por el Senado a propuesta de su Presidente o Presidenta y cada Senador o Senadora debe pertenecer al menos a una

⁴⁷⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, ob. cit., p. 148.

⁴⁷⁹ El Congreso Nacional se encuentra establecido en el Capítulo V de la Constitución Política de 1980. Regula la composición e integración; las atribuciones exclusivas de sus Cámaras; las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional; el funcionamiento del Congreso; las normas comunes para Diputadas, Diputados y Senadores; las materias de ley; y la formación de la ley. Cfr. Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2dz8s>, (consulta el 11 de mayo de 2020), Título V Congreso Nacional.

⁴⁸⁰ Cfr. SOTO VELASCO, S., *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2013, p. 51.

⁴⁸¹ Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2cnc1>, (consulta el 11 de mayo de 2020), art. 46.

⁴⁸² SOTO VELASCO, S., *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, ob. cit., p. 53.

⁴⁸³ Cfr. *Ídem*, p. 51.

⁴⁸⁴ Reglamento de la Cámara de Diputadas y Diputados. Disponible en: <http://bcn.cl/2dypz>, (consultada el 12 de marzo de 2020), art. 218.

Comisión.⁴⁸⁵ Los integrantes de las Comisiones, generalmente, responden a un perfil especializado o con experiencia en la materia que se aboca cada Comisión.

Tradicionalmente, se distingue entre Comisiones Permanentes y Especiales. Las primeras, “son órganos concebidos para el estudio, discusión y votación particular de los proyectos de ley”⁴⁸⁶ En el seno de cada comisión sectorial permanente se realiza una buena parte del debate particular del articulado de un proyecto de ley. Además, en ellas se debaten y resuelven las indicaciones a los mensajes y mociones.⁴⁸⁷ Las Comisiones Especiales, por su parte, se abocan al estudio de “una determinada materia a fin de informar a la sala del resultado de su cometido”⁴⁸⁸. También, se pueden constituir para el examen de un proyecto de ley.⁴⁸⁹

La labor de quienes integran las comisiones, en mi opinión, no puede restringirse exclusivamente a la materia sectorial que trata un mensaje o moción determinado, es decir, a los aspectos técnicos, por ejemplo, los costos, normas impactadas o regulaciones pre establecidas en la respectiva materia, sino que debe extenderse a los posibles efectos que puedan generar en el ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas en la CADH o en el *corpus iuris* interamericano. El medio idóneo para determinar el posible conflicto entre el proyecto de ley y la Convención o establecer estándares superiores a la misma, es el control de convencionalidad.

En Chile, los/las presidentes/as de la Cámara de Diputadas y Diputados y el Senado, son “autoridades que detentan diversas atribuciones que superan lo netamente legislativo”.⁴⁹⁰ Estas autoridades, en sus respectivas Cámaras “detentan la máxima autoridad unipersonal y están investidos de atribuciones legislativas y sancionadoras.”⁴⁹¹

⁴⁸⁵ Reglamento del Senado. Disponible en: <http://bcn.cl/2e1dc>, (consultada el 12 de marzo de 2020), art. 30.

BRONFMAN V., A.; CORDERO Q., E. y ALDUNATE L., E., *Derecho Parlamentario Chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2013, p. 76.

⁴⁸⁶ SOTO VELASCO, S., *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, ob. cit., p. 76.

⁴⁸⁷ Cfr. BRONFMAN V., A.; CORDERO Q., E. y ALDUNATE L., E., *Derecho Parlamentario Chileno...*, ob. cit., p. 76.

⁴⁸⁸ SOTO VELASCO, S., *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, ob. cit., p. 55.

⁴⁸⁹ Cfr. Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Disponible en: <http://bcn.cl/2e1or>, (consultada el 5 de mayo de 2020), art. 18.

⁴⁹⁰ SOTO VELASCO, S., *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, ob. cit., p. 76.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

Por su parte, los/as presidentes/tas de las comisiones, juegan un rol importante en la tramitación de un proyecto de ley, puesto que “puede promover acuerdos o desincentivar acuerdos, dar la palabra o evitar el debate en ciertas circunstancias, poner un asunto u otro en votación”⁴⁹², entre otros.

Los Comités, “constituyen la proyección o expresión de los partidos políticos en el Congreso”.⁴⁹³ El RS, los define como “los organismos relacionadores entre la Mesa del Senado y la Corporación para la tramitación de los asuntos sometidos a su conocimiento.”⁴⁹⁴ A su vez, el RCDyD, señala que los Comités “agrupan a un número de diputados y a través de su jefe permiten la relación de la Mesa de la Cámara con la Corporación, con el fin de hacer más expedita la tramitación de los asuntos sometidos a su conocimiento”.⁴⁹⁵ La reunión de la Mesa con los jefes de comités constituyen un Comité Parlamentario. Tratándose de los Acuerdos de Comité de la Cámara, es decir, las decisiones del conjunto de comités, son por regla general obligatorias para los/las diputados/as.⁴⁹⁶ Mientras que en el Senado, “son vinculantes para todos los senadores [y senadoras] cuando son adoptados por unanimidad”.⁴⁹⁷

En la Sala del Senado y la Cámara, “como órgano decisor soberano en el proceso legislativo, [que] aprueba o rechaza el proyecto [de ley] o las disposiciones que se sometan a votación”⁴⁹⁸, se toman las decisiones que permitirán las etapas sucesivas de tramitación de un proyecto para que se convierta en ley de la República. No obstante lo anterior, las votaciones en Sala, no son “las que ocupan mayor tiempo de las sesiones (...). Hay ritos, discursos y otras solicitudes cuya relevancia suele ser baja en términos

⁴⁹² *Ídem*, p. 61.

⁴⁹³ Cfr. BRONFMAN V., A.; CORDERO Q., E. y ALDUNATE L., E., *Derecho Parlamentario Chileno...*, ob. cit., p. 39.

⁴⁹⁴ Reglamento del Senado. Disponible en: <http://bcn.cl/2e1dc>, (consultada el 12 de marzo de 2020), art. 11.

⁴⁹⁵ Reglamento de la Cámara de Diputadas y Diputados. Disponible en: <http://bcn.cl/2dypz>, (consultada el 12 de marzo de 2020), art. 1.3.

⁴⁹⁶ Cfr. BRONFMAN V., A.; CORDERO Q., E.; ALDUNATE L., E., *Derecho Parlamentario Chileno...*, ob. cit., p. 64.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

⁴⁹⁸ SOTO VELASCO, S., *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, ob. cit., p. 65.

legislativos, aun cuando pueden la tener para las funciones de representación y fiscalización”.⁴⁹⁹

El breve análisis general de la institucionalidad del Congreso Nacional, a través de la cual llega una iniciativa legislativa a transformarse en ley, permite sostener, en mi opinión, que el control de convencionalidad puede tener lugar, con mayor intensidad y preferentemente, en el trabajo legislativo de Comisiones, ya que en dicha instancia es donde realmente se debate un proyecto de ley y se propone a la Sala los acuerdos sobre las disposiciones cuyo estudio se le encomendó, sin perjuicio de que cada congresista pueda hacer la inconvencionalidad de alguna de las disposiciones del proyecto.

La naturaleza eminentemente política de las instituciones en que se discute y aprueban las leyes, no pueden conducir al olvido de las funciones que cumple la ley frente a los derechos humanos, que en opinión del Juez Humberto SIERRA, serían las de: “i) la de articularlos al interior del ordenamiento jurídico mediante su ponderación y armonización; ii) la función de configurar o definir los derechos humanos, y iii) la de actualizar el contenido de los derechos humanos.”⁵⁰⁰ Las funciones enunciadas ponen de relieve la importancia del legislador en esta materia, por lo que considerar los instrumentos que colaboren en el ejercicio de esta función, se enmarca dentro del espíritu de la Convención Americana.

3. El Control de Convencionalidad en la elaboración y tramitación de un proyecto de ley

En este apartado, se abordará el control de convencionalidad en la elaboración y discusión de una iniciativa legislativa, particularmente de aquellas instancias en que se discute y se llega a un acuerdo respecto del proyecto de ley presentado.

⁴⁹⁹ *Ibidem.*

⁵⁰⁰ SIERRA PORTE, H., *Voto Concurrente 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 de 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24, párr. 24.

3.1. Aspectos generales: iniciativa, origen y Control de Convencionalidad

En Chile, la ley puede tener su origen en la Cámara o en el Senado y están legitimados para presentar un proyecto el Presidente de la República, en cuyo caso de denomina mensaje o cualquiera de los integrantes de las Cámaras, denominándose moción.⁵⁰¹ Los y las congresistas, “sólo pueden presentar sus proposiciones legislativas o mociones en la Cámara a que pertenecen y siempre que las normas sobre origen de las leyes lo permitan”⁵⁰², es decir, siempre que no correspondan a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República o algunas de las Cámaras. El proceso de formación de la ley se encuentra regulado por la Constitución⁵⁰³, la LOCCN y por las normas contenidas en los Reglamentos de las Cámaras.

El Presidente de la República puede presentar mensajes sobre cualquier materia y tiene iniciativa exclusiva sobre un conjunto de materias señaladas en el artículo 65 de la Constitución.⁵⁰⁴ Asimismo, cuenta con facultades para influir en la agente legislativa y hacer avanzar la tramitación de un proyecto.⁵⁰⁵ Además, su capacidad técnica es superior

⁵⁰¹ Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/25rle>, (consulta el 11 de mayo de 2020), art. 65.

⁵⁰² BRONFMAN V., A.; CORDERO Q., E. y ALDUNATE L., E., *Derecho Parlamentario Chileno...*, ob. cit., p. 184.

⁵⁰³ Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2e1t0>, (consulta el 11 de mayo de 2020), art. 65 a 75.

⁵⁰⁴ Cfr. *Ídem*, art. 65.

⁵⁰⁵ El principal instrumento con que cuenta el Presidente de la República para influir en la agenda legislativa son las “Urgencias”. Se trata de un mecanismo consagrado por la Constitución Política y definido en el artículo 1.17. del RCDyD, como “el procedimiento que permite acortar los plazos de discusión y otorgar preferencia en la tramitación de los asuntos que la Cámara debe considerar”. En el Congreso se discuten numerosas iniciativas legales que tienen relación directa con materias sobre derechos humanos e incluso que abordan aspectos relacionados con el ejercicio del control de convencionalidad estricto, por mandato de una sentencia de la Corte IDH condenatoria del Estado chileno, por ejemplo, jurisdicción militar. También se pueden citar los Acuerdos de Solución Amistosa (ASA) ante la CIDH, por ejemplo, sobre matrimonio igualitario o reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, estas iniciativas tienen escasa tramitación. En mi opinión, el mecanismo de las “Urgencias”, puede ser utilizado para hacer avanzar estos proyectos, más aún si es una materia que dice relación con un fallo de la Corte IDH, obligatorio por mandato del artículo 68.1 de la CADH. Si bien es cierto, como afirma SOTO, que las “Urgencias” tienen un efecto relativo, ya que no significa un plazo real para algunos casos, mas bien dice relación con la prioridad que se transmite al Congreso para que un proyecto se discuta y avance, y que desde luego la opinión pública tome conocimiento de este hecho. En ámbito de las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, este punto es importante: interesa que el Estado cumpla con sus obligaciones convencionales sobre Derechos Humanos y genere con su actuar un cambio social que asegure su respeto y garantía. Sobre las “Urgencias, ver: BRONFMAN V., A.; CORDERO Q., E. y ALDUNATE L., E., *Derecho Parlamentario Chileno...*, ob. cit., p. 270 – 281; SOTO VELASCO, S., *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, ob. cit., p. 288 – 303; y URQUÍZAR MUÑOZ, P. y AGUILERA MEDINA, C., *La formación de la Ley*, ob. cit., p. 76 – 85.

a la que con que cuenta cada congresista, entre asesores, burocracia, estudios⁵⁰⁶, etc. Este aspecto es relevante para el control de convencionalidad: es factible que en el proceso de elaboración del mensaje, el Ejecutivo determine con claridad que la norma propuesta cumple con las obligaciones internacionales del Estado, particularmente aquellas consagradas en el artículo 1.1. y 2 de la CADH.

Los órganos del Ejecutivo que intervienen en la elaboración de un anteproyecto de ley⁵⁰⁷, es decir, en la etapa prelegislativa, tienen capacidad técnica para verificar la conformidad de la norma a proponer con las disposiciones de la CADH y el *corpus iuris* interamericano. Así, por ejemplo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a la hora de elaborar un mensaje presidencial puede proporcionar antecedentes en relación con las materias sobre la promoción y protección de los derechos humanos, ya que tiene como función, entre otras, “realizar el estudio crítico de la normativa interna a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.⁵⁰⁸ Los resultados de este estudio crítico pueden convertirse en una propuesta de reforma que se envía al Presidente de la República.⁵⁰⁹

No existe, como se ha dicho, una norma que señale expresamente que en el ámbito legislativo debe realice un control de convencionalidad. No obstante lo anterior, el artículo 6° del Convenio N° 169 de la OIT, dispone que los gobiernos deben realizar una consulta a los pueblos indígenas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”⁵¹⁰. En mi opinión, la norma citada, fundamenta la necesidad de considerar los tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes a la hora de elaborar un proyecto de ley cuando las medidas

⁵⁰⁶ Cfr. SOTO VELASCO, S., *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, ob. cit., p. 90.

⁵⁰⁷ Se trata de una etapa que no se encuentra definida y que es de carácter variable en cuanto a su duración. La oportunidad para presentar un mensaje a tramitación legislativa depende exclusivamente del Presidente de la República, salvo que se trata del mensaje relativo a la Ley de Presupuesto.

⁵⁰⁸ Decreto con Fuerza de Ley N° 3, *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, publicado en el Diario Oficial el 31 de enero de 2017. Disponible en: <http://bcn.cl/2e1ul>, (consultada el 16 de mayo de 2020), art. 2, letra b).

⁵⁰⁹ La información que puede proporcionar el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para la elaboración de un mensaje presidencial respetuoso de las obligaciones convencionales del Estado en materia de derechos humanos, puede al final no ser relevante, ya que va a depender del Presidente de la República si presenta o no un mensaje al Congreso Nacional sobre la materia propuesta, pese a la claridad con que la Convención establece las obligaciones generales de respeto, garantía y adecuación normativa, siendo esta última de *ius cogens*, a las que se obliga el Estado al ratificar la Convención Americana.

⁵¹⁰ Organización Internacional de Trabajo (OIT), *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo*. Disponible en: <http://bcn.cl/253er>, (consultada el 16 de mayo de 2020), art. 6, letra a).

legislativas puedan afectar los derechos y libertades por ellos reconocidos, no tan solo en relación con los pueblos indígenas, sino también respecto de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, adultos mayores, personas migrantes, afrodescendientes, personas privadas de libertad, personas LGTBIQ, etc.

Ahora bien, para que la Sala de la Cámara de origen inicie la tramitación de un mensaje o una moción, debe cumplir ciertos requisitos.⁵¹¹ La fundamentación del proyecto, la indicación de las fuentes de financiamiento, el informe técnico y financiero, son requisitos que, a mi juicio, permiten sostener la realización de control de convencionalidad en la elaboración del proyecto en la etapa prelegislativa, puesto que esas normas de convertirse en ley pueden afectar derechos reconocidos en los tratados al no considerar los estándares mínimos convencionales establecidos en estos.

Por otra parte, este ejercicio posibilita a los órganos del Congreso Nacional pronunciarse sobre el punto en la tramitación legislativa. Sin embargo, el efecto más importante, en mi opinión, es la contribución, desde el ámbito legislativo, al cambio social sobre el respeto de los derechos humanos, pues la obligación de adecuación normativa del artículo 2 de la CADH, como lo ha dicho la Corte, sólo se cumple cuando se produce este cambio social, como se deduce, entre otros, del fallo *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*.⁵¹²

⁵¹¹ Los requisitos establecidos tanto en la Constitución, la LOCCN y los Reglamentos de las Cámaras, exigen que un proyecto presentado por el Presidente de la República: i) se presente por escrito; ii) acompañar los fundamentos del proyecto; iii) señalar la fuente de financiamiento; iv) adjuntar un informe financiero; v) no contener conjuntamente normas de reforma constitucional y de ley; vi) indicar en términos precisos el mandato, prohibición o regla que se va a erigir en ley; vii) adjuntar informe técnico, el que debe contener: los fundamentos que justifiquen legislar sobre una materia, las disposiciones legales que afecte el proyecto, las disposiciones vigentes que se que se verían afectadas por el proyecto, la correlación del texto con el régimen normativo nacional, y los elementos de juicio indispensables para su mejor comprensión; y viii) firma del Presidente de la República. Por su parte, las mociones deberán: i) ser presentadas por escrito; ii) firmadas por un/a diputado/a o senador/a y por no más de diez diputados/as ni más de cinco senadores/as, según corresponda; iii) acompañar sus fundamentos y fuentes de financiamiento; iv) precisar las modificaciones propuestas; v) respetar la prohibición de proponer en un mismo texto normas de ley y de reforma constitucional. Como se observa, por regla general los requisitos establecidos para los mensajes y las mociones son coincidentes, salvo en lo que dice relación con el Informe Financiero, que debe presentar el Ejecutivo, puesto que los congresistas no presentan iniciativas que generen gasto.

⁵¹² Cfr. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 267.

3.2. El Control de Convencionalidad en el proceso deliberativo sobre un proyecto de ley

La tramitación de un proyecto de ley en Chile, se inicia con su presentación en la Oficina de Partes de la Cámara de Origen y concluye con la publicación de la norma aprobada en el Diario Oficial. El primer filtro que deberá superar el proyecto es su admisibilidad, realizado por la mesa de la Cámara respectiva y que está destinado a verificar “si la iniciativa en cuestión cumple con los requisitos legales y constitucionales que permiten el inicio del proceso de formación de la ley”.⁵¹³

El presidente o la presidenta de la Cámara o el Senado, juega un rol importante en la tramitación legislativa. Luego de la cuenta del proyecto, dispone la Comisión que se encargará de su estudio, salvo que un Comité cuestione la decisión del presidente. Los factores para decidir a qué Comisión va el proyecto son variados. Generalmente, dependerá de la materia que aborda o bien cuestiones de conveniencia política.⁵¹⁴ El carácter sectorial de las Comisiones, no puede hacer perder de vista que sus actos son realizados en el proceso en que un poder del Estado incorpora una norma al ordenamiento jurídico que incide en el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en los tratados ratificados y vigentes.

El estudio del proyecto de ley en Comisión, permite que sea discutido en detalle. Con este fin la Comisión recoge antecedentes y escucha a especialistas, solicita informes, etc., para que su trabajo “llegue al detalle de las iniciativas, a fin de legislar con toda la información necesaria para ponderar los diversos factores.”⁵¹⁵ En este sentido, los aspectos relacionados con el respeto y garantía de los derechos, no debe ser una tarea ajena a la Comisión. Por tanto, en el ejercicio de su función, a parte del estudio de los aspectos técnicos de la norma propuesta, debe analizar los efectos que ella podría generar

⁵¹³ SOTO VELASCO, S., *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, ob. cit., p. 103.

⁵¹⁴ Cfr. *Ídem*, p. 104.

⁵¹⁵ *Ídem*, p. 114.

en el ejercicio de los derechos en conformidad de los estándares mínimos establecidos en el DIDH.⁵¹⁶

El mandato de la Comisión, como se observa, no se agota en el estudio del proyecto. Además, recibe las indicaciones que se le formulan, pronunciándose su Presidente sobre la admisibilidad de estas. Además, se pronuncia en general y en particular sobre el proyecto. Asimismo, hay que considerar que no es posible advertir “con anticipación todos los temas que estarán sobre la mesa al momento de discutir el articulado”⁵¹⁷. En mi opinión, cualquiera sea la materia del proyecto y los acuerdos políticos sobre el particular, no puede soslayar las obligaciones internacionales del Estado, por tanto, siempre deberá considerar un pronunciamiento especial sobre el particular.

El trabajo de la Comisión de refleja en un Informe del que se da cuenta a la Sala, la que procede a su votación. Posteriormente, el proyecto puede volver a la Comisión o bien pasar a la Cámara Revisora. La tramitación del proyecto en el Senado, se centra sólo en la discusión en general del proyecto, vale decir, sobre sus ideas matrices, y luego de aprobado el primer Informe en la Sala se discute su articulado, dando lugar a un segundo Informe, que de ser aprobado nuevamente por la Sala, pasa a la Cámara de Origen, la que si lo aprueba, lo remite al Presidente de la República para su promulgación o a control constitucional obligatorio, según corresponda.

Hasta aquí, se ha explicado a *grosso modo* la tramitación de un proyecto de ley, poniendo énfasis en el trabajo de Comisiones. ¿Por qué? Simplemente, porque es ahí donde se debate cada el articulado del proyecto, y en mi opinión, es la instancia donde se puede advertir con claridad cómo esa nueva disposición podría afectar un derecho o a los grupos que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad, por ejemplo. Sin embargo, las hipótesis a que puede dar lugar la tramitación legislativa son diversas,

⁵¹⁶ El control de convencionalidad en el proceso de formación de la ley, no solo aporta al debate teórico sobre la protección de los derechos humanos a partir de la acción de un Poder del Estado, sino que se dirige a generar las condiciones necesarias para que todos y todas, puedan ejercer sus derechos y libertades. Así, por ejemplo, si se discuten aspectos relacionados con la maternidad y el empleo, su materialización en una ley no debería, por ejemplo, fortalecer estereotipos prohibidos por la Convención Belem do Pará u obstaculizar el ejercicio de otros derechos, como decidir sobre la maternidad. Tampoco, valorar ciertas instituciones en desmedro de otras, por ejemplo, estableciendo requisitos en su configuración que inducen a pensar que es más importante, por ejemplo, el matrimonio en relación a la unión civil.

⁵¹⁷ SOTO VELASCO, S., *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, ob. cit., p. 115.

dependiendo de las indicaciones que se formulen y la aceptación o no de ellas por la respectiva Cámara.

3.3. Informe de Convencionalidad de un proyecto de ley: posibles contenidos y alcances

El impacto en los derechos que puede generar un proyecto de ley, fundamenta la necesidad de incorporar explícitamente un pronunciamiento sobre cómo los afecta, cuáles son las medidas que se adoptan para cumplir con las obligaciones del Estado en los términos de la CADH, los demás tratados y los pronunciamientos de sus órganos. La instancia propicia para abordar todos estos aspectos es, en mi opinión, en las respectivas comisiones y que deben quedar plasmadas en sus informes.

El Informe de Comisión es “un documento escrito en el cual constan los acuerdos de la comisión sobre el proyecto sometido a examen y que es suscrito por la mayoría de sus integrantes”⁵¹⁸. Asimismo, propone un texto a la Sala de la Cámara para su discusión. A su vez, los reglamentos de las Cámaras, distinguen entre primer informe, que contiene la discusión en general y particular del proyecto; y segundo informe, en que consta la discusión de las indicaciones presentadas en Sala o en Comisión una vez que se aprueba en general el proyecto por la Sala.⁵¹⁹ Para elaborar el primer informe, “la Comisión debate en general sobre la iniciativa y no sobre sus normas en particular”.⁵²⁰ El segundo informe, por su parte, se encuentra “un análisis y la votación pormenorizada del articulado del proyecto en trámite y sirve de sustento a la discusión particular en Sala.”⁵²¹

Las normas sobre el contenido de los informes de Comisión, advierten que es perfectamente posible incorporar un pronunciamiento expreso de la Comisión sobre los alcances del proyecto en relación con las obligaciones establecidas en la CADH, luego del respectivo control de convencionalidad. Así, podrá dar cuenta de: i) las normas del

⁵¹⁸ BRONFMAN V., A.; CORDERO Q., E. y ALDUNATE L., E., *Derecho Parlamentario Chileno...*, ob. cit., p. 210.

⁵¹⁹ Cfr. SOTO VELASCO, S., *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, ob. cit., p. 116.

⁵²⁰ BRONFMAN V., A.; CORDERO Q., E. y ALDUNATE L., E., *Derecho Parlamentario Chileno...*, ob. cit., p. 210.

⁵²¹ *Ídem*, p. 211.

proyecto relacionadas con las disposiciones de la CADH y demás tratados internacionales ratificados y vigente en la materia; ii) interpretación de la norma hecha por el órgano del tratado; iii) la vinculación de la norma con otros derechos del tratado; iv) la opinión de los expertos en la materia escuchados por la Comisión; v) los acuerdos de la Comisión relacionados con los posibles impactos en los derechos; y vi) la votación de los integrantes de la Comisión; y vii) otros aspectos que la Comisión considere importante para el respeto y garantía de los derechos.

El contenido propuesto para lo que hemos llamado “Informe de Convencionalidad”, permite que el legislador estudie el proyecto con un enfoque de derechos humanos como parte del análisis técnico del mismo. La discusión del proyecto de ley abordando las normas de los tratados sobre derechos humanos, permite, en mi opinión: i) cumplir con las obligaciones generales establecidas en la CADH, que en virtud de su ratificación por el Estado, es Derecho doméstico⁵²²; ii) disminuir la posibilidad de que una norma afecte el ejercicio de los derechos o las libertades; iii) posibilitar a los y las congresistas un conocimiento integral del proyecto; iv) generar un paulatino cambio social en relación a la percepción de los derechos humanos; y v) aumentar la legitimidad democrática.

El control de convencionalidad legislativo, puede generar dificultades en la adopción de los acuerdos tanto en la Comisión como en la Sala. Sin embargo, este control tiene por objeto que el Estado cumpla, en el ámbito legislativo, con las obligaciones asumidas al ratificar la CADH. Desde esta perspectiva, esta exigencia tiene plena concordancia con los artículos 1º inciso 4º, 5º inciso 2º, 6º, 7º, y 54 Nº 1, de la Carta Fundamental.

4. Medidas para garantizar el desarrollo del Control de Convencionalidad en el ámbito legislativo

El correcto desarrollo del control de convencionalidad en el ámbito legislativo, exige de parte de las y los congresistas acciones concretas que permitan, actuando bajo el principio de buena fe, hacer efectivo el mandato del artículo 5º, inciso 2º de la CPR.

⁵²² Cfr. Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 82.

4.1. Uniformidad de criterios en la elaboración y propuesta de una iniciativa legislativa

Las normas constitucionales, legales y reglamentarias que regulan el proceso de formación de la ley en Chile, permiten avanzar de manera ordenada en la tramitación de una iniciativa legislativa. Sin embargo, es necesario generar mecanismo que faciliten y visibilicen el control de convencionalidad, permitiendo que en cada una de las etapas de la formación de la ley se controle la conformidad de la iniciativa con los compromisos del Estado en materia de derechos humanos.⁵²³

El control de convencionalidad requiere cierta certeza. Es necesario una propuesta clara que permita advertir su incompatibilidad con la Convención. Si no existe, el control de convencionalidad podría transformarse en un obstáculo. En consecuencia, los mensajes y las mociones se deben presentar en un determinado formato material, el que naturalmente tiene que cumplir los requisitos de contenido de un proyecto de ley, de manera que sean fácilmente identificables y permitan el desarrollo del control de convencionalidad.

La falta de identificación de las normas, principios y reglas del DIDH o los derechos y libertades que eventualmente podría afectar la creación, modificación de una norma, obstaculiza la labor del legislador, ya que no orienta el debate legislativo y dificulta acuerdos coherentes con el respeto y garantía de los derechos humanos, privando de paso de efectividad a las normas de la Convención. La intensidad con que las y los congresistas ejerzan el control de convencionalidad en sus funciones, evita “promulgar aquellas leyes

⁵²³ El análisis algunas de las mociones presentadas, por ejemplo, el año 2019, se observa, en general, la ausencia de antecedentes que permita realizar el control de convencionalidad en los términos señalados por la Corte Interamericana, al menos de manera eficiente y concordante con la naturaleza de la función legislativa. Se advierte, además, que es necesario medidas que permitan transformaciones en el largo plazo, por ejemplo, el uso de herramientas tecnológicas que recopilen antecedentes legislativos en materia de derechos humanos que puedan ser utilizados por el parlamentario o la parlamentaria al momento de elaborar su propuesta legislativa. Tratándose de los mensajes, se observa que presentan un mayor análisis de las materias objeto de su iniciativa, aportando una serie de antecedentes que evidencian la brecha existente entre el Legislativo y el Ejecutivo en la formulación de las iniciativas legales.

que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen”.⁵²⁴

4.2. Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad: ¿complementarios o excluyentes?

La relación entre el control de constitucionalidad y convencionalidad, es otro tema al que hay que referirse. El proceso de formación de la ley, en donde se ha planteado la necesidad de realizar un control de convencionalidad, fundado en las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, tiene como límite la CPR. En este ámbito, no existe explícitamente una norma que señale que los derechos humanos o “esenciales”, como los llama el constituyente chileno, constituyen un antecedente sobre el cual deban pronunciarse en forma expresa quienes participan en las diversas instancias de tramitación de un proyecto de ley, pese al mandato del inciso 2º del artículo 5º de la Carta Fundamental chilena.

Para el legislador la Constitución es la norma jerárquica superior. Es complejo aceptar que existen otras normas que están por sobre la CPR, ya que implicaría que esta se encuentra subordinada a ella. ¿Qué hacemos con la cuestión de la jerarquía? AGUILAR, sostiene que “el foco de atención de este control se centra en los derechos fundamentales o humanos más que en el instrumento del tratado”⁵²⁵, es decir, el énfasis está en el “contenido” más que en “continente”, lo que permite desplazar el tema de la jerarquía y “la discusión sería acerca de cuál es el derecho que mejor protege al ser humano o la solución más favorable para el ser humano”.⁵²⁶

La solución planteada por AGUILAR, deja abierta la cuestión sobre el mandato constitucional del artículo 5º, inciso 2º de la CPR, ya que el constituyente expresamente dispone que los derechos humanos constituyen un límite para quienes ejercen la soberanía. Entonces, ¿cómo determina el legislador donde *está* o *cuál* es “el mejor

⁵²⁴ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, ob. cit., párr. 279.

⁵²⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 218.

⁵²⁶ *Ibidem*.

derecho” para proteger al ser humano? La referencia a los tratados ratificados y vigentes es ineludible. ¿Cómo solucionamos el problema? El precepto constitucional citado, establece la obligación constitucional de respeto y promoción de los derechos humanos, ¿cuáles?, aquellos asegurados en la Constitución y en los tratados. Esta es la regla. Una lectura atenta artículo 5º, inciso 2º de la CPR, permite sustentar que el tema sobre la jerarquía de los tratados ratificados y vigentes no forma parte de este. La obligación del legislador de respetar y promover aquellos “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”,⁵²⁷ tiene como único requisito que el tratado esté ratificado y vigente. Siendo así, obliga al órgano y a sus integrantes por disposición del inciso 2º del artículo 6º de la Carta Fundamental.

Ahora bien, ¿cómo el legislador cumple con su obligación? El control de convencionalidad, “que no hace otra cosa que recordar a los Estados parte el deber jurídico asumidos por ellos de cumplir las obligaciones generales determinadas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH”⁵²⁸, permite, en mi opinión, al legislador nacional adoptar en el ámbito legislativo aquellas medidas para cumplir con su obligación, ya que “es un control preventivo de violación de estándares de derechos humanos”.⁵²⁹

El control de convencionalidad y constitucionalidad, por otra parte, tienen parámetros distintos. Para el primero, su parámetro básico de control es “el corpus iuris interamericano (art. 29, literal d, CADH) y la interpretación que de él haga la Corte IDH (art. 62.3 CADH)”.⁵³⁰ Mientras que el segundo, “las reglas que determine la Constitución del Estado, (...) respecto de la constitucionalidad de preceptos legales y otras normas de derecho interno”.⁵³¹ No cabe confundir, por tanto, el objeto de uno u otro, aun cuando el control de constitucionalidad puede integrarse al de convencionalidad.⁵³²

⁵²⁷ Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2dw6o>, (consultada el 4 de mayo de 2020), inciso 2º, artículo 5º.

⁵²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 51.

⁵²⁹ *Ídem*, p. 115.

⁵³⁰ *Ídem*, p. 145.

⁵³¹ *Ídem*, p. 156.

⁵³² Cfr. *Ídem*, p. 145.

La insistencia sobre la cuestión de la jerarquía de los tratados y su subordinación a la Constitución o *viceversa*, según sostiene NOGUEIRA, “es incompatible con los principios de *ius cogens* de los artículos 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que constituyen principios convencionalizados”.⁵³³ En consecuencia, exigir una subordinación del tratado a la Constitución implica apartarse del principio de buena fe y privar a las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado la posibilidad de contar con la protección mínima del tratado.

Por otra parte, cabe señalar que “sólo en el ordenamiento jurídico estatal es posible considerar el principio de jerarquía conforme a sus respectivos modos de producción, pero no en relación de ordenamientos jurídicos independientes que cuentan con su propio sistema de producción de normas”⁵³⁴. Fundamenta este argumento, el inciso 5º, N° 1, del artículo 54 de la CPR, al disponer que “[l]as disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.”⁵³⁵ Reconoce, por tanto, el constituyente chileno, la independencia de los sistemas normativos.

La Constitución, en un sentido amplio, en opinión de CORONA y NAVARRO, se compone de un bloque de constitucionalidad y uno de convencionalidad,⁵³⁶ los que a su vez se compone de sub bloques. El bloque de convencionalidad, estaría conformado por el “orden jurídico externo o internacional internalizado o constitucionalizado”⁵³⁷ y el bloque de constitucionalidad, por la Constitución propiamente tal y las leyes que la desarrollan.⁵³⁸ La fórmula expuesta, permite distinguir claramente dos tipos de control, pero bajo la constitución en sentido amplio, pero compuestos por normas diferentes sobre las cuales deben operar.

⁵³³ *Ídem*, p. 113.

⁵³⁴ *Ibidem*.

⁵³⁵ Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2dwqt>, (consultada el 4 de mayo de 2020), inciso 5º, n° 1, artículo 54.

⁵³⁶ Cfr. CORONA NAKAMURA, L. y NAVARRO RODRÍGUEZ, P., “Del control difuso al control holístico (133 Vs 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)”, *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 5, n° 5, diciembre, 2012, pp. 47-70, p. 52.

⁵³⁷ *Ídem*, p. 54.

⁵³⁸ Cfr. *Ídem*, p. 53.

En términos prácticos, enfrentado el Constituyente nacional al tema de la jerarquía de los tratados, busca armonizarla con la Constitución sin pronunciarse sobre el asunto. Así lo hizo para cumplir con la sentencia de la Corte IDH sobre el caso “*La Última Tentación de Cristo*” y en el proceso de ratificación del Tratado de Roma, al reformar la CPR para “reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998”.⁵³⁹

4.3. El Tribunal Constitucional chileno frente al Control de Convencionalidad

El Tribunal Constitucional chileno se establece en artículo 92 de la CPR de Chile⁵⁴⁰, siendo sus atribuciones, las enunciadas en el artículo siguiente y en su Ley Orgánica Constitucional.⁵⁴¹ El numeral 1º del artículo 93 de la CPR, dispone el Tribunal Constitucional debe ejercer un control preventivo de constitucionalidad de los proyecto de ley que “interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas”.⁵⁴² El numeral 3º del precepto citado, encarga la resolución las cuestiones de constitucionalidad que genere la tramitación un proyecto de ley o la aprobación de un tratado.⁵⁴³

El TC chileno, paulatinamente ha asumido los estándares establecidos por la Corte Interamericana, por ejemplo, expulsión de personas migrantes⁵⁴⁴, jurisdicción militar⁵⁴⁵, el carácter de interprete final de la CADH por la Corte IDH⁵⁴⁶, el principio *pro homine o*

⁵³⁹ Ley Nº 20.352, *Reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional*, publicada en el Diario Oficial el 30 de mayo de 2009. Disponible en: <http://bcn.cl/27amz>, (consultada el 24 de mayo de 2020).

⁵⁴⁰ Constitución Política de la República. Disponible en: <http://bcn.cl/1uva9>, (consultada el 4 de junio de 2020), art. 92.

⁵⁴¹ Decreto con Fuerza de Ley Nº 5, *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*, M. Secretaría General de la Presidencia, publicada en el Diario Oficial el 10 de agosto de 2010. Disponible en: <http://bcn.cl/1w5ir>, (consultada el 4 de junio de 2020).

⁵⁴² Constitución Política de la República. Disponible en: <http://bcn.cl/2e4rd>, (consultada el 24 de mayo de 2020), nº 1, artículo 93.

⁵⁴³ Cfr. *Ídem*, nº 3, artículo 93.

⁵⁴⁴ Cfr. Tribunal Constitucional, *Sentencia de 19 de junio de 2012*, Rol Nº 2.273-2012, considerando quincuagésimo.

⁵⁴⁵ Cfr. Tribunal Constitucional, *Sentencia de 17 junio de 2014*, Rol Nº 2.492-13-INA, considerando 19º-20º.

⁵⁴⁶ Cfr. Tribunal Constitucional, *Sentencia de 6 de mayo de 2014*, Rol Nº 2.493-13-INA, considerando 8º.

*favor persona*⁵⁴⁷, el concepto de *corpus iuris*⁵⁴⁸, de *ius cogens*⁵⁴⁹, cosa juzgada internacional⁵⁵⁰, derecho a recurrir, garantías judiciales y debido proceso⁵⁵¹, carácter vinculante del estándar interamericano⁵⁵², el deber de adoptar disposiciones internas⁵⁵³, cita jurisprudencia de un caso concreto⁵⁵⁴, entre otros. Asimismo, se debe señalar que el TC, ha señalado expresamente que se aparta de una jurisprudencia de la Corte, por ejemplo, en materia de objeción de conciencia, extendiéndolo a las personas jurídicas.⁵⁵⁵

En la Sentencia de 21 de noviembre de 2013, el TC chileno estableció que “los tratados internacionales no constituyen, *per se*, parámetros autónomos de control de constitucionalidad, en el sentido de habilitar directamente a esta jurisdicción para contrastar su sentido y alcance con los preceptos legales que presuntamente los contrarían”.⁵⁵⁶ Sin embargo, el Ministro Viera-Gallo, manifestó que el TC “está impelido a ejercer el control de convencionalidad de las leyes cuya aplicación a una gestión judicial pendiente pudiere generar efectos contrarios a lo dispuesto en un tratado internacional sobre derechos humanos”.⁵⁵⁷

El Tribunal Constitucional chileno, por otra parte, es competente para realizar el control de convencionalidad, por “su realidad de órgano estatal vinculado por los artículos 1º, incisos 1º y 4º, como asimismo de los artículos 5º inciso 2º, artículo 6º y artículo 19 inciso inicial y numeral 26^o”⁵⁵⁸, de la CPR. En consecuencia, debe realizar, en el ejercicio

⁵⁴⁷ Cfr. Tribunal Constitucional, *Sentencia de 13 de mayo de 2009*, Rol N° 1.361-09, considerando 73º; *Sentencia de 5 de octubre de 2010*, Rol N° 1.484-09, considerando 25º; *Sentencia de 3 de noviembre de 2011*, Rol N° 1.881-10, Voto concurrente Ministros Carmona, Fernández, García y Viera -Gallo.

⁵⁴⁸ Cfr. Tribunal Constitucional, *Sentencia de 30 de octubre de 2014*, Rol N° 2.615-14-INA, considerando 13º.

⁵⁴⁹ Tribunal Constitucional, *Sentencia de 30 de octubre de 2014*, ob. cit., considerando 10º.

⁵⁵⁰ Cfr. Tribunal Constitucional, *Sentencia de 6 de agosto de 2015*, Rol N° 2.690-14-INA, considerando 22º.

⁵⁵¹ Cfr. Tribunal Constitucional, *Sentencia de 6 de mayo de 2014*, ob. cit., considerando 24º.

⁵⁵² Cfr. Tribunal Constitucional, *Sentencia de 17 junio de 2014*, ob. cit., considerando 17º.

⁵⁵³ Cfr. Tribunal Constitucional, *Sentencia de 6 de mayo de 2014*, ob. cit., considerando 12º.

⁵⁵⁴ Cfr. Tribunal Constitucional, *Sentencia de 2 junio de 2010*, Rol N° 567-2006, considerando 41º.

⁵⁵⁵ Cfr. Tribunal Constitucional, *Sentencia de 28 de agosto de 2017*, Rol N° 3.729-17, considerando 130º.

⁵⁵⁶ Tribunal Constitucional, *Sentencia de 21 de noviembre de 2013*, Rol N° 2.265-12-INA, considerando 8º.

⁵⁵⁷ Tribunal Constitucional, *Sentencia de 21 de noviembre de 2013*, Rol N° 2.265-12-INA, Voto concurrente del Ministro José Antonio Viera-Gallo.

⁵⁵⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLO, G., *Control de convencionalidad interno...*, ob. cit., p. 145.

de sus atribuciones, un control de convencionalidad cada vez que analice la constitucionalidad de un proyecto de ley, ejerciéndolos “simultáneamente en una clara economía de esfuerzos y garantías, en la medida que en el ámbito tanto constitucional como convencional el objetivo y fin central de carácter sustantivo es (...) el aseguramiento de las garantías y derechos”⁵⁵⁹ cuyo origen es la dignidad humana.

El control de convencionalidad, ejercido por las autoridades legislativas y por el Tribunal Constitucional, incluso *ex officio*⁵⁶⁰, conlleva la producción de normas que respeten y garanticen de mejor forma los derechos humanos. Ahora bien, ¿el control de convencionalidad debe ser concentrado o difuso? La Corte Interamericana, reconoce su importancia “como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, [sin embargo,] la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad.”⁵⁶¹ En mi opinión, el control difuso de convencionalidad se ajusta de mejor manera a los objetivos que este persigue, ya que esta obligación recae, como se ha dicho en esta investigación, en todos los poderes públicos.

⁵⁵⁹ *Ídem*, p. 114.

⁵⁶⁰ La Corte Interamericana, ha reiterado que el control de convencionalidad procede de *oficio*, es decir, aun cuando las partes no lo soliciten. Sin embargo, el TC chileno, conociendo de la inaplicabilidad de un precepto legal por inconstitucionalidad, ha señalado que “no procede aplicar el control de convencionalidad, (...) en el marco de la sede del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puesto que [el peticionario de inaplicabilidad] no despliega ni desarrolla argumentos que profundicen como en el caso concreto puede materializarse dicha operación”. Ahora bien, si el control procede a falta de solicitud de parte, con mayor razón procede si la parte lo solicita, aun cuando no se desarrollo sus argumentos. Cfr. Tribunal Constitucional, Sentencia de 23 de enero de 2020, Rol N° 6.985-19-INA, considerando 30°, en el mismo sentido, entre otros, Sentencia de 26 de diciembre de 2019, Rol N° 6.716-19-INA, considerando 31°.

⁵⁶¹ Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C N° 276, párr. 124.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El estallido social de octubre de 2019, que generó, entre otros, el inicio de un proceso para elaborar una nueva Constitución y la pandemia global por COVID-19, que desnudó la vulnerabilidad de las personas y la de los sistemas de protección de los derechos, son dos hechos que marcan las circunstancias excepcionales en que se elaboró este TFM, en el que concluyo:

1. Es necesario fortalecer el carácter colectivo o multilateral del SIDH, con el objeto de enfrentar, en la región, aquellas condiciones estructurales que obstaculizan el goce y ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas en las Convención, entendiendo que su protección es una responsabilidad que atañe a los Estados Interamericanos en su conjunto.
2. Los órganos convencionales de protección de los derechos humanos establecen estándares mínimos que deben ser respetados por los Estados en su derecho interno, lo que no obsta, en base al principio *pro persona*, establecer estándares mayores en las respectivas legislaciones nacionales.
3. El control de convencionalidad es una herramienta que persigue garantizar el objeto y fin de la CADH, bajo el estándar establecido por la Corte IDH, cuyo rol es visto por algunos autores que excede a sus facultades fijadas en la Convención y su Reglamento. En este debate, sostengo que es necesario que la Corte, habiendo establecido ya innumerables criterios de protección de los derechos, debe avanzar en especificar sus mandatos provenientes del control de convencionalidad propio, facilitando la ejecución de sus resoluciones.
4. El ejercicio del control de convencionalidad centrado en los jueces, ha impedido su desarrollo a la par como obligación del Poder Legislativo y el Ejecutivo como colegislador, cuyo origen deriva de una interpretación aislada del párrafo 124 del fallo *Almonacid Arellano vs. Chile*. Una interpretación armónica de los párrafos 123 y 124 de la sentencia citada, permite sostener que el control de convencionalidad siempre debió

ser ejercido por el Legislativo, ya sea como ejercicio autónomo o bien como parte de la ejecución de una sentencia de la Corte IDH.

5. En el ámbito legislativo, el esquema establecido por la Corte Interamericana para el control de convencionalidad, permite al Legislativo y al Ejecutivo como legislador, cumplir con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH. El Poder Legislativo está obligado a efectuar el control de convencionalidad de las futuras leyes, ejerciendo un control preventivo o *ex ante* de convencionalidad y de las leyes que ya ha incorporado al ordenamiento jurídico, ejerciendo un control *ex post* o represivo, en el ejercicio de la función legislativa.

6. En el ejercicio del control de convencionalidad, el Legislativo debe cotejar la norma interna, en este caso el proyecto de ley que conoce y debate, con las normas de la CADH y la interpretación de sus disposiciones hecha por la Corte Interamericana, como su interprete última, con el objeto de evitar que las normas que crea violen los derechos humanos reconocidos por la CADH y los demás tratados del SIDH. Este control puede extenderse a todos los tratados en razón de la finalidad de estos instrumentos. Las legisladoras y los legisladores, deben integrar en sus proyectos de ley referencias expresas a la Convención Americana y al *corpus iuris interamericano* como un elemento más dentro del análisis del impacto de la futura ley en la vida de las personas.

7. Los parámetros que los integrantes del Legislativo deben considerar para ejercer el control de convencionalidad, son: la Convención Americana, la jurisprudencia pronunciada por la Corte, tanto inter partes y aquella referida a terceros Estados parte de la Convención, pues al conocer un caso concreto, soluciona mediante una sentencia un litigio pendiente, pero además interpreta la Convención, lo mismo hace cuando ejerce su competencia consultiva, de manera que va configurando, en el uso de sus facultades, el contenido de los derechos y libertades reconocidos convencionalmente, facultada por los artículos 62 y 64 del Pacto de San José.

8. También, se deben considerar como parámetros del control de convencionalidad por parte de legislador, los demás tratados que integran el SIDH, principios de *ius cogens* y los principios generales del DIDH, entre otros, lo que nos permite distinguir un control

de convencionalidad restringido y un control de convencionalidad extendido. En este punto, se observa el avance expansivo o dinámico de la jurisprudencia de la Corte y enfrenta al legislador a una falta de certeza en cuanto a la determinación de los instrumentos que debe considerar para cumplir su obligación de ejercer un efectivo control, cuestión que da lugar a una permanente actividad revisora de la legislación.

9. La interpretación de las disposiciones de la Convención y el *corpus iuris interamericano*, por parte de la Corte, es un punto conflictivo para el ejercicio del control de convencionalidad en el ámbito legislativo, ya que no existe un mecanismo para determinar *cómo* y *cuáles* de estas interpretaciones se deben incorporar en el proceso de formación de la ley. Este aspecto no está resuelto por la doctrina ni la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

10. El control de convencionalidad de la función legislativa, en el caso chileno, tiene como fundamento: i) la ratificación del Pacto de San José, asumiendo las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención y ii) la jurisprudencia de la Corte, señalando expresamente que debe ejercerlo. Así se dispone en el fallo *Almonacid Arellano* al hacer referencia expresa a su función como determinante para el Poder Judicial y para cumplir la obligación de adecuación legislativa. Este deber se ve reforzado, entre otros, por la jurisprudencia emanada del caso *Gelman*, donde se establece que los derechos humanos constituyen el límite para su función, el cual no pueden soslayar, ni aun mediante mecanismos de ratificación popular.

11. El legislador chileno, debe ejercer el control de convencionalidad en el marco de la Constitución, las leyes y la Convención. El inciso el 2º del artículo 5º de la Carta Fundamental chilena, refuerza la obligación del Estado de respetar y promover los derechos humanos asegurados en el texto constitucional, como en los tratados sobre la materia, con tal que estén ratificados y vigentes. El objeto de la Convención, de la Constitución, del Estado chileno y la Corte, se funden en un mismo propósito: el respeto y garantía de los derechos humanos.

12. Las instancias idóneas, en la estructura institucional del Congreso Nacional chileno, para ejercer el control de convencionalidad, que permita un análisis efectivo sobre los

alcances de un proyecto de ley en materia de derechos humanos, son las Comisiones Legislativas, sin atender a su carácter sectorial. La Comisión que conoce de proyecto debe asumir el DIDH sin referencia a su jerarquía en el Derecho Interno, en concordancia con el principio pro persona.

13. El cuanto a las críticas formuladas al control de convencionalidad, concluyo que el argumento de la soberanía a ultranza del Estado para establecer normas de Derecho doméstico, considerando al Estado como unidad cerrada, lo que se aprecia en cómo el Poder Legislativo ejerce su función e incluso las autoridades del Estado, yerra en su enfoque, ya que para que se respeten y garanticen los derechos y libertades de todas, todos y todes, es necesario una apertura al DIDH, a la forma en que sus órganos de protección aplican e interpretan sus normas.

14. Los estándares que fija la Corte IDH sobre derechos humanos son altos, aspecto que se condice con la seriedad de la materia y que muchos creen que es casi imposible cumplir y citan el elevado porcentaje de incumplimientos de sus fallos en apoyo de sus argumentos. Desde esta perspectiva, el control de convencionalidad, con todas sus complejidades, es una herramienta útil para cumplir los fines de la CADH. Sin embargo, es necesario un diálogo institucional que permita perfilar un control eficiente y colaborativo, en el marco del carácter colectivo del SIDH.

15. El control de convencionalidad ejercido en el ámbito legislativo, con ciertos ajustes, sitúa al legislador a la cabeza del respeto y garantía de los derechos humanos, por cuanto, su principal función pasa desde el debate legítimo de intereses de las mayorías a la protección efectiva de estos, en el marco del proceso de formación de la ley, con pleno respeto a las disposiciones constitucionales, que reconocen como límite de la soberanía popular los derechos garantizados por la Constitución y los tratados ratificados y vigentes, en la búsqueda de una transformación de las estructuras sociales a partir del cambio en la forma de relacionar la función legislativa y los derechos humanos. De esta forma, respondo la pregunta central formulada en este trabajo de investigación.

A continuación, formularé algunas recomendaciones planteadas a partir del proceso de investigación de este trabajo:

1. La forma amplia en que se concibe el de control de convencionalidad hoy, genera dificultades para su ejercicio. En el ámbito legislativo, puede transformarse en un obstáculo para lograr acuerdos. Recomiendo que la Corte se pronuncie expresamente sobre un estándar mínimo a cumplir en el ejercicio del control de convencionalidad por parte del legislador, en que se indique expresamente *qué* instrumentos debe considerar, *qué* jurisprudencia y *cuáles* son los criterios para seguir en caso de jurisprudencia contradictoria y sobre *cómo* integrar la jurisprudencia en distintas materias, en atención al carácter interdependiente de los derechos.

2. Para conciliar los procesos a través de los cuales se elaboran las leyes con las exigencias de control de convencionalidad, es necesario tomar medidas legislativas o de otro carácter, que precisen, al interior del proceso legislativo, la forma, etapa y el o los órganos encargos de realizarlo, cuya ausencia puede conducir a una incerteza jurídica que puede afectar el proceso de formación de la ley.

3. Para el caso chileno, se recomienda, que se genere una institucionalidad independiente que permita al Estado asumir en el ámbito legislativo sus compromisos en materia de derechos humanos con prescindencia del gobierno de turno, puesto que este cuenta con herramientas legislativas que pueden hacer avanzar o paralizar un proyecto de ley en materia de derechos humanos, por ejemplo, el mecanismo de las urgencias legislativas. Así, por ejemplo, el proyecto de ley sobre matrimonio igualitario, presentado a tramitación al Congreso Nacional por el gobierno anterior, no ha tenido el mismo impulso bajo el mandato del gobierno actual, es más, ha intentó modificar sus obligaciones en la materia.

4. Potenciar el control de convencionalidad como una forma de combatir algunos elementos que pueden conducir al fracaso del SIDH, por ejemplo, el altísimo nivel de incumplimiento de las resoluciones de la Corte Interamericana, circunstancia que ha llevado a algunos autores a señalar la ineficacia de este. Es necesario fortalecer su carácter subsidiario con políticas de que incentiven al Legislativo a ser protagonista en el cumplimiento de las obligaciones convencionales en materia de derechos humanos.

5. En atención al carácter colectivo del SIDH y la competencia de la Corte para supervisar el cumplimiento de sus resoluciones, ejerciendo el control propio de convencionalidad, podría establecer, al ordenar que el Estado modifique su ordenamiento jurídico interno, consignar en la norma que de cumplimiento a esa obligación, deje constancia que legisla en cumplimiento de su obligación convencional, esto permitiría: i) fomentar que los demás Estados cumplan también con sus obligaciones, a lo menos aquellas provenientes de una sentencia de la Corte; ii) contribuir en el ámbito interno del Estado al cambio social, desde el ámbito legislativo, asumiendo que la obligación de adoptar disposiciones de Derecho doméstico sólo se cumple cuando se produce este cambio; y iii) constituiría, además, una medida de reparación para la víctima, en cuanto el Estado reconoce expresamente en que ha vulnerado sus derechos al no cumplir con las obligaciones de respeto, garantía y de adecuación normativa, consagradas en el artículo 1.1 y 2 de la Convención.

6. Institucionalizar un diálogo entre el Poder Legislativo, el Ejecutivo y la Corte Interamericana, con el objeto propiciar el desarrollo del control de convencionalidad en el ámbito legislativo, cuya adecuada realización puede contribuir en una mayor protección de los derechos humanos por parte del Estado. Este diálogo es necesario. La Corte no puede pretender que una herramienta que ella propone, en el marco de sus competencias, sea asumida por los Estados sin un intercambio que conduzca a un efectivo ejercicio de la misma.

Los aspectos sugeridos, en mi opinión, contribuyen a materializar el control de convencionalidad, asumiendo que es una herramienta útil, pero en la que es necesario trabajar para ser incorporada en ámbito legislativo, puesto que no es admisible que el órgano facultado para legislar no observe estrictamente el respeto y garantía de los derechos humanos, más aún cuando la evidencia muestra que efectivamente es posible que la ley viole los derechos y las libertades reconocidas en la CADH y el *corpus iuris interamericano*, aun cuando exista otro órgano que igualmente debe velar por la protección de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros y artículos de revistas

ÁBALOS, M.G., “La aplicación del control de convencionalidad por los tribunales argentinos: diez aspectos claves”, en NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLLO, G., coords, *El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Triángulo, Santiago de Chile, 2017, pp. 110-153.

AGUILAR CAVALLLO, G., “El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado”, *Revista Direito GV*, vol. 9, n° 2, julio/diciembre, 2013, pp. 721-754.

AMAYA, J.A., *Control de constitucionalidad y convencionalidad*, El Jurista, 2ª ed., Santiago de Chile, 2018.

BAZÁN, V., “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, pp. 25-70.

BAZÁN, V., “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos, y perspectivas”, en BAZÁN, V., y NASH ROJAS, C., eds., *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad 2011 (2012)*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 17-55.

BAZÁN, V., “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 18, 2º semestre, 2011, pp. 63 -104.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (BCN), *Historia de la Ley N° 19.742, Reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística*. Disponible en: <http://bcn.cl/2dvfb>.

BOBBIO, N., *El tiempo de los Derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

BRONFMAN V., A.; CORDERO Q., E.; ALDUNATE L., E., *Derecho Parlamentario Chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2013.

CASTILLO CÓRDOVA, L. “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 17, n° 2, 2019, pp. 15-52.

CASTILLA JUÁREZ, K., “El control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”, *Revista IIDH*, vol. 64, 2016, pp. 87-125.

CASTILLA JUÁREZ, K., “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Revista Derecho del Estado*, nº 33, julio-diciembre, 2014, pp. 149-172.

CASTILLA JUÁREZ, ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 51-97.

CANÇADO TRINDADE, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XX*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., Santiago de Chile, 2006.

CONSEJO DE LA MODERNIZACIÓN LEGISLATIVA – CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Informe Final del Consejo de la Modernización Legislativa*, Santiago de Chile, 2015. Disponible en: <https://bit.ly/2XvPAgu>.

CORONA NAKAMURA, L., y NAVARRO RODRÍGUEZ, P., “Del control difuso al control holístico (133 Vs 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)”, *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 5, nº 5, diciembre, 2012, pp. 47-70.

CORTE IDH, *Informe Anual 2019*. Disponible en: <https://bit.ly/3ezJUaU>.

CORTE IDH, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos : El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana. Preguntas frecuentes*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2020.

FAJARDO MORALES, A., *Control de Convencionalidad. Fundamentos y alcances. Especial relevancia a México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2015.

FAÚDEZ LEDESMA, H., *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, Instituto de Interamericano de Derechos Humanos, 3ª ed., San José de Costa Rica, 2009.

FERNÁNDEZ LIESA, C., *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Editorial Aranzadi, S.A, 1º ed., Navarra, España, 2013.

FERRAJOLI, L., *Constitucionalismo más allá del Estado*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2018.

FERRER MAC-GREGOR, E. y PELAYO MÖLLER, CM., *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Deber de respeto, garantía y adecuación de derecho interno)*, IIJ-UNAM – CENADH – CNDH, México DF., 2017.

FERRER MAC-GREGOR, E., “Prefacio del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en STEINER, C. y FUCHS, MC., eds., *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentarios*, 2ª ed., Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019, pp. V-VII.

FERRER MAC-GREGOR, E. y PELAYO MÖLLER, CM., “Parte I Deberes de los Estados y Derechos Protegidos, Capítulo I Enumeración de deberes”, en STEINER, C. y FUCHS, MC., eds., *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentarios*, 2ª ed., Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019, pp. 31-105.

FERRER MAC-GREGOR, E., “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año 9, n° 2, 2011, pp. 531-622.

FUENTES TORRIJO, X. y PÉREZ FARÍAS, D., “El efecto directo del Derecho Internacional en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección Estudios, año 25, n° 2, 2018, pp. 119-156.

GARCÍA RAMÍREZ, S., “Cumplimiento de las sentencias y trascendencia de la Jurisprudencia Interamericana”, en CAMARILLO GOVEA, L., y ROUSSET SIRI, A., *Dossier: Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Facultad de Derechos Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina, 2019, pp. 11-24.

GARCÍA RAMÍREZ, S., *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, 2ª ed., Comisión Nacional de Derechos Humanos México, México D.F., 2015.

GARCÍA RAMÍREZ, S., “La ‘Navegación Americana’ de los Derechos Humanos: hacia un *ius commune*”, en BOGDANDY, A.V., FIX-FIERRO, H., MORALES ANTONIAZZI, M., coords., *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público comparado y Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2014, pp. 450-500.

GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J., “Recepción de la Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos: Libertad de Expresión, Jurisdicción Militar y Control de Convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales*, n° 29, julio-diciembre, 2013, pp. 163-218.

GARCÍA RAMÍREZ, S., “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año v, n° 28, julio-diciembre, 2011, pp. 123-159.

GARCÍA RAMÍREZ, S., “Desarrollo y criterios de la jurisdicción Interamericana sobre Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 11, 2007, pp. 515-554.

GARCÍA RAMÍREZ, S., *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos Distrito Federal y Corte Interamericana de Derechos Humanos, México DF., 2006.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La relación de la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 38, enero-junio, 2018, pp. 199-226.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P., “La Doctrina del Control de Convencionalidad a la luz del Principio de Subsidiariedad”, *Estudios Constitucionales*, año 15, n° 1, 2017, pp. 55-98.

GONZÁLEZ MORALES, F., *Sistema interamericano de Derechos Humanos Transformaciones y Desafíos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GONZÁLEZ MORALES, F., “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, *Anuario de Derechos Humanos*, n° 5, 2009, pp. 35-57.

GOZAÍNI, O.A., “El impacto de la jurisdicción del sistema interamericano en el derecho interno”, en ALBANESE, S., coord., *El control de convencionalidad*, Ediar, 1ª ed., Buenos Aires, 2018, pp. 81-112.

HENRÍQUEZ VIÑAS, M. y MORALES ANTONIAZZI, M., coords., *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*, DER Ediciones, Santiago de Chile, 2017.

ENRIQUEZ VIÑAS, M. y NUÑEZ LEIVA, J.I., “El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?”, *Revista Boliviana de Derechos*, n° 21, enero, 2016, pp. 326-339.

HENRÍQUEZ VIÑAS, M., “La polisemia del control de convencionalidad interno”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 24, enero-junio, 2014, pp. 113- 141.

HITTERS, J., “Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Pensamiento Constitucional*, n° 18, 2013, pp. 315-329.

IBÁÑEZ RIVAS, J.M., *El Control de Convencionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 2017.

IVANSCHITZ BOUDEGUER, B., “Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”, *Estudios Constitucionales*, vol. 11, n° 1, 2013, pp. 275-332.

QUINCHE RAMÍREZ, M., *El control de convencionalidad*, Ubijus Editorial, 2ª ed., México D.F., 2016.

QUISPE REMÓN, F., *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

QUISPE REMÓN, F., *El debido proceso en el derecho internacional y el sistema interamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010.

MARTÍN BERESTIAN, C., *Diálogos sobre la reparación: experiencias en el sistema interamericano de derecho humanos*, tomo 2, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2008.

MARTÍNEZ LAZCANO, A.J., “Transformación del control de convencionalidad concentrado al difuso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Primera Instancia*, vol. 7, nº 13, julio-diciembre, 2019, pp. 11-52.

MEDINA QUIROGA, C. y NASH ROJAS, C., *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Universidad de Chile Facultad de Derechos – Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2007.

MIDÓN, M., *Control de convencionalidad*, Editorial Astrea SRL, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016,

NASH ROJAS, C., *Recepción jurisdiccional sustantiva de la normativa y jurisprudencia internacional en Chile: el proceso de reconfiguración de los derechos fundamentales y su impacto en la protección de grupos discriminados*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2018.

NASH ROJAS, C., *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación*, Editorial Porrúa, México D.F., 2013.

NASH ROJAS, C., “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, 2013, pp. 489-509.

NASH ROJAS, C., *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2ª ed., Universidad de Chile – Facultad de Derecho - Centro de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2009.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CAVALLLO, G., *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*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2018.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, su valor de precedente y la obligatoriedad de su consideración por los Estados partes de la CADH”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional; *Democracia. Derechos Sociales y Jurisdicción Constitucional. Jornadas Sudamericanas de Derecho Constitucional*, DER Ediciones Limitada, Santiago de Chile, 2018, pp. 7-30.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales”, en NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CARVALLO, G., coords., *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*, Editorial Triángulo, Santiago de Chile, 2017, pp. 11-53.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, su valor de precedente y las obligaciones de su consideración por los Estado Partes de la CADH”, en NOGUEIRA ALCALÁ, H. y AGUILAR CARVALLO, G., coords., *Control de convencionalidad, corpus iuris y ius commune interamericano*, Editorial Triángulo, Santiago de Chile, 2017, pp. 192-213.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Poder Constituyente, reforma de la Constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 36, enero-junio, 2017, pp. 327-349.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, *Revista de Derecho (UCUDAL)*, 2da época, año 13, n° 15, julio, 2017, pp. 143-200.

NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, año 13, n° 2, 2015, pp. 301-350.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Los desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, n° 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1167-1220.

OLANO GARCÍA, H. “Teoría del Control de Convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 14, n° 1, 2016, pp. 61-94.

OLIVARES GALLARDO, A., “El control de convencionalidad como exigencia de los no jurisdiccionales de la Administración del Estado”, en NOGUEIRA ALCALÁ, H., y AGUILAR CARVALLO, G., coords., *El parámetro del control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editorial Triángulo, Santiago de Chile, 2017, pp. 35-51.

REY CANTOR, E., *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Editorial Porrúa, México D.F, 2008.

ROUSSET SIRI, A., *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 2018.

SAGÜÉS, N., “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, en *Estado constitucional y convencional*, BAZÁN, V; CASTRO RIVERA, E. y CUAREZMA TERÁN, direcs., Instituto de Investigaciones Jurídicas (INEJ) Nicaragua, Ispamer, 2017, pp. 51-60.

SAGÜÉS, N., “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad”, *Revista IUS ET VERITAS*, n° 50, julio, 2015, pp. 292-297.

SAGÜÉS, N., “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, *Revista Investigações Constitucionais, Curitiba*, vol. 1, nº 2, mayo-agosto, 2014, pp. 23-32.

SAGÜÉS, N., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 8, nº 1, 2010, pp. 117-136.

SERRANO GUZMÁN, S., *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1ª ed., 2013, Comisión Nacional de Derechos Humanos México, México D.F., 2015.

SILVA ABBOTT, M., “La doctrina del control de convencionalidad: más problemas que soluciones”, en SILVA ABBOTT, M., coords., *Una visión crítica del sistema interamericano de derechos humanos y algunas propuestas para su mejor funcionamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 177-216.

SILVA ABBOTT, M., “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, nº 3, 2018, pp. 717- 744.

SQUELLA NARDUCCI, A., *Derechos Humanos*, Editorial UV de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2019.

SOTO VELASCO, S., *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2015.

URQUÍZAR MUÑOZ, P. y AGUILERA MEDINA, C., *La formación de la Ley*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2019.

VIO GROSSI, E., “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXIV, 2018, pp. 311-335.

2. Normativa Jurídica

a) Internacional

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://bit.ly/3eaVTvX>.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://bit.ly/2XQrsUW>.

Corte IDH, *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponible en: <https://bit.ly/2Bpyl7S>.

Corte IDH, *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aprobada por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Disponible en: <https://bit.ly/2U0099C>.

Organización de los Estados Americanos (OEA), Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41). Disponible en: <https://bit.ly/3dazzkF>.

Organización de los Estados Americanos (OEA), *Carta democrática Interamericana*. Disponible en: <https://bit.ly/2XpJwq4>.

Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, Suscrita en la Conferencia de Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible en: <https://bit.ly/3doWwSl>.

Organización de los Estados Americanos (OEA), Tratados multilaterales Interamericanos. Disponible en: <https://bit.ly/2MhsNyK>.

Organización de los Estados Americanos (OEA), *Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959*, Resolución VIII Derechos Humanos. Disponible en: <https://bit.ly/2Bp7c5e>.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo*. Disponible en: <http://bcn.cl/1v0b8>.

b) Nacional

Constitución Política de la República de 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2dw6o>.

Ley N° 21.200, *Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República*, publicada en el Diario Oficial el 24 de diciembre de 2019. Disponible en: <http://bcn.cl/2ckor>.

Decreto con Fuerza de Ley N° 3, *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, publicado en el Diario Oficial el 31 de enero de 2017. Disponible en: <http://bcn.cl/2e1ul>.

Ley N° 20.885, *Crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y adecúa la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio de Justicia*, publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 2016. Disponible en: <http://bcn.cl/1uxxb>.

Decreto con Fuerza de Ley N° 5, *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*, M. Secretaría General de la Presidencia, publicada en el Diario Oficial el 10 de agosto de 2010. Disponible en: <http://bcn.cl/1w5ir>.

Ley N° 20.352, *Reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional*, publicada en el Diario Oficial el 30 de mayo de 2009. Disponible en: <http://bcn.cl/27amz>.

Ley N° 20285, *Sobre acceso a la información pública*, publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008. Disponible en: <http://bcn.cl/1uuq2>.

Ley N° 18.918, *Orgánica Constitucional del Congreso Nacional*, publicada en el Diario Oficial el 5 de febrero de 1990. Disponible en: <http://bcn.cl/25mjw>.

Ley N° 19.742, *Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística*, publicada en el Diario Oficial el 25 de agosto de 2005. Disponible en: <http://bcn.cl/20y11>.

Decreto N° 873, Ministerio de Relaciones Exteriores, *Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”*, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991. Disponible en: <http://bcn.cl/1vb5t>.

Decreto Ley N° 2.191, *Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala*, publicado en el Diario Oficial el 19 de abril de 1978. Disponible en: <http://bcn.cl/1v3xd>.

Reglamento de la Cámara de Diputadas y Diputados. Disponible en: <http://bcn.cl/2dypz>.

Reglamento del Senado. Disponible en: <http://bcn.cl/2dyq0>.

3. Sentencias de la Corte IDH vs. Chile

Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73.

Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C N° 151.

Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135.

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154.

Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239.

Caso García Lucero y otras vs. Chile, Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 28 de agosto del 2013, Serie C N° 267.

Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C N° 279.

Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de septiembre de 2015, Serie C N° 300.

Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C N° 349.

Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2018, Serie C N° 372.

4. Sentencia de la Corte IDH vs. otros Estados Parte de la Convención

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 04.

Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C N° 5.

Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C N° 35.

Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C N° 39.

Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52.

Caso Barrios Altos vs. Perú, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75.

Caso Periódico “La Nación”, Medidas Provisionales respecto de la República de Costa Rica, Resolución del 26 de agosto de 2002.

Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C N° 98.

Caso Bulacio vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C N° 100.

Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101.

Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114.

Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C N° 153.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158.

Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C N° 162.

Caso Boyce y otros vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C N° 169.

Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Excepciones Preliminares y Fondo, Sentencia de 6 de mayo de 2008, Serie C N° 179.

Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2009, Serie C N° 198.

Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205.

Caso Radilla Pacheco Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C N° 209.

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C N° 220.

Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C N° 221.

Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C N° 238.

Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C N° 250.

Caso Gudiel Álvarez y Otros (Diario Militar) vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Serie C N° 253.

Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión y cumplimiento de Sentencia, Sentencia de 20 de marzo de 2013.

Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C N° 276.

Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C N° 282

Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C N° 285.

Caso Lagos del Campo vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C N° 340.

Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de febrero de 2019, Serie C N° 373.

Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Teissen y otros 12 casos vs. Guatemala, Resolución Medidas Provisionales y Supervisión de cumplimiento de Sentencia, de 19 de marzo de 2019.

Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de marzo de 2020, Serie C N° 402.

5. Opiniones Consultivas Corte Interamericana de Derechos Humanos

"Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A N° 1.

Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A N° 4.

La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A N° 6.

Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1., 11. y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, Serie A N° 7.

Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A N° 11.

Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, Serie A N° 13.

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 OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14.

El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A N° 16.

Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18.

Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21.

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 de 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24.

Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Serie A N° 23.

La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, Serie A N° 25.

6. Votos Particulares

CANÇADO TRINDADE, A.A., *Voto concurrente en el Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C N° 73.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, E., *Voto Razonado en el Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión y Cumplimiento de Sentencia*, de 20 de marzo de 2013.

GARCÍA RAMÍREZ, *Voto Concurrente Razonado en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101.

GARCÍA RAMÍREZ, S., *Voto Concurrente Razonado en el Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114.

GARCÍA RAMÍREZ, S., *Voto Razonado en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C N° 158.

SIERRA PORTE, H., *Voto Concurrente 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 de 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24.

VIO GROSSI, E., *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 de 24 de noviembre de 2017, Serie A N° 24.

7. Sentencias Tribunal Constitucional Chileno

Sentencia de 13 de mayo de 2009, Rol N° 1.361-09.

Sentencia de 2 junio de 2010, Rol N° 567-2006.

Sentencia de 5 de octubre de 2010, Rol N° 1.484-09.

Sentencia de 3 de noviembre de 2011, Rol N° 1.881-10.

Sentencia de 19 de junio de 2012, Rol N° 2.273-2012.

Sentencia de 21 de noviembre de 2013, Rol N° 2.265-12-INA.

Sentencia de 6 de mayo de 2014, Rol N° 2.493-13-INA.

Sentencia de 17 junio de 2014, Rol N° 2.492-13-INA.

Sentencia de 30 de octubre de 2014, Rol N° 2.615-14-INA.

Sentencia de 6 de agosto de 2015, Rol N° 2.690-14-INA.

Sentencia de 28 de agosto de 2017, Rol N° 3.729-17.

Sentencia de 26 de diciembre de 2019, Rol N° 6.716-19-INA.

Sentencia de 23 de enero de 2020, Rol N° 6.985-19-INA.

Getafe, 26 de junio de 2020

D^a Florabel Quispe Remón, Tutor del Trabajo de fin de Máster comparece y dice:

Que es el tutor del trabajo de fin de máster titulado “*El Control de Convencionalidad de la función Legislativa a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, realizado por D Jaime Luis Rojas Castillo

1. Que D. Jaime Luis Rojas Castillo ha terminado las labores de realización de este trabajo de fin de máster.
2. Que al amparo de la normativa vigente, AUTORIZO a que presente los ejemplares correspondientes en ese Instituto, para la iniciación del procedimiento de lectura y defensa del trabajo de fin de máster, y solicito se adopten los acuerdos necesarios para llevar a buen término el mismo.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Florabel Quispe Remón', with a large, stylized initial 'F' and a horizontal line extending from the bottom of the signature.

Florabel Quispe Remón

SR. DIRECTOR DEL MASTER EN ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS HUMANOS