

Presentación ante Comisión Sistema Político Convención Constitucional
Obligación cumplir con el deber de adoptar medidas legislativas en el marco del
proceso de formación de la ley y ejercicio del control de convencionalidad

I. Introducción

Chile al ratificar el 10 de agosto de 1990, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) y reconocer en el mismo acto la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), asumió las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos y libertades reconocidas por ella (art. 1.1) y la de adoptar medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en ella (art. 2).

El Poder Legislativo (y el Ejecutivo como colegislador) tiene en el ejercicio de la función legislativa un rol primordial en materia de respeto y garantía de las obligaciones asumidas por el Estado en materia de derechos humanos, que se traduce en la adopción de medidas legislativas para asegurar el disfrute de los derechos y las libertades reconocidas convencionalmente. Esta obligación adquiere especial relevancia cuando la Corte Interamericana ordena, en virtud de una sentencia condenatoria, adecuar la legislación interna del Estado a las disposiciones de la Convención y a los estándares desarrollados por ella su jurisprudencia.

II. Fundamentos

El fundamento de la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas o de otro carácter, se encuentra en: a) **el artículo 2 de la Convención Americana**, el que además de establecer la citada obligación, dispone que estas medidas deben ser adoptadas con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las normas de la Convención, asignando al Poder Legislativo (y al Ejecutivo como colegislador) un rol fundamental en materia de respeto y garantía de los derechos humanos, aspecto no suficientemente considerado por el legislador y la doctrina; b) **en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, que no siempre son cumplidas con la celeridad requerida, en atención a los compromisos internacionales del Estado; y c) **en un acuerdo de solución amistosa**, en

que el Estado se obliga ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a impulsar medidas legislativas o de otro carácter.

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

Por otra parte, la obligación en análisis encuentra su fundamento en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (CVDT).

Finalmente, es preciso señalar que la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter no se agota en un único acto (esto es, una vez publicada la ley o adoptada una medida de otro carácter) sino que es necesario que el Legislativo o el órgano correspondiente actualice la legislación interna o medida (modifique, sustituya, suprima, derogue, etc.) a la luz del avance de los conocimientos científicos y tecnológicos, tal como dispone, por ejemplo, el n° 3 del artículo 11 de la CEDAW. Lo anterior refuerza la importancia del Poder Legislativo para lograr hacer efectivos los derechos y las libertades reconocidos en los tratados ratificados y vigentes.

III. Contenido

La obligación de adoptar medidas legislativas implica, según ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en números fallos, por una parte: a) el deber de suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que: i) entrañen una violación a las

garantías previstas en la Convención; ii) desconozcan los derechos y libertades reconocidos por ella; y iii) obstaculicen el ejercicio de esos derechos y libertades; y b) por otra importa: la expedición de normas y el desarrollo de prácticas y normas conducentes a su efectiva observancia.

Como se dijo, la obligación en comento, además puede emanar de un mandato establecido una sentencia condenatoria de la Corte Interamericana o en virtud de un acuerdo de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cuya virtud el Estado se obliga a adoptar o impulsar modificaciones en el ordenamiento jurídico interno.

Las sentencias de la Corte Interamericana, por mandato del artículo 68 de la Convención Americana, son directamente obligatorias para el Estado en todos aquellos casos en que ha sido parte. En ellas, luego de establecer la violación de la obligación de adoptar medidas legislativas, pueden disponer que se modifique una norma, cualquiera sea su jerarquía en el ordenamiento jurídico interno. Así, por ejemplo, en el caso **La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**, de 2001, dispuso modificar la Carta Fundamental con el fin de suprimir la censura previa (párr. 103, n° 4); en **Claude Reyes y otros vs. Chile**, de 2006, ordenó adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar el derecho acceso a la información bajo el control del Estado (párr. 174, n° 7); **Palamara Iribarne vs. Chile**, de 2005, dispuso la derogación y modificación de cualquier norma interna incompatible con los estándares internacionales en materia de libertad de pensamiento y expresión; y la adecuación de las normas internas a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, estableciendo límites a la competencia material y personal de los tribunales militares ((párr. 269, n°s. 13 y 14); en **Almonacid Arellano vs. Chile**, de 2006, ordenó asegurar que la ley de amnistía no constituya un obstáculo para la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de violaciones de los derechos humanos (párr. 171, n° 6); en **Norín Catrimán y otros vs. Chile**, de 2014, ordenó regular con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos y las medidas de contrapeso (párr. 478, n° 20). Más recientemente, en **Urrutia Laubreaux vs Chile**, de 2020, ordenó suprimir el numeral 4 del artículo 323 del Código Orgánica de Tribunales (párr. 173, n° 8); y en **Vera Rojas vs. Chile**, de 2021, dispuso la adopción de medidas legislativas para que la Defensoría de la Niñez participe en los procesos en que pudieren verse afectados los derechos de los niños, niñas y adolescentes (párr. 193, n° 11).

El mecanismo de soluciones amistosas, por otra parte, además de proporcionar una reparación para una presunta víctima en un caso concreto, permite la adopción de diversas medidas, entre ellas, aquellas de carácter legislativo. Así, por ejemplo, Chile se obligó ante la Comisión Interamericana a ingresar a tramitación legislativa un proyecto de ley de matrimonio igualitario y a impulsar esta iniciativa como un asunto que constituía un interés legítimo en una sociedad democrática e inclusiva.

IV. Control de convencionalidad

Para cumplir con las obligaciones generales de respeto y garantía y adopción de medidas legislativas la Corte Interamericana y preservar el efecto útil de la Convención, introdujo en el Sistema Interamericano de Protección, en la sentencia ***Almonacid Arellano vs. Chile***, de 2006, un herramienta denominada control de convencionalidad, que en términos generales consiste en la verificación de la conformidad de toda norma o acto interno del Estado parte con las disposiciones de la Convención Americana y la interpretación que de ellas haga la Corte Interamericana (párr. 124), extendiéndola luego a otros tratados en que el Estado sea parte.

En un primer momento, se entendió que el ejercicio del control de convencionalidad, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana y en la obligación de cumplir los tratados de buena fe y la prohibición de invocar una norma de derecho interno para justificar su incumplimiento (arts. 26 y 27 Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, de 1969), correspondía al Poder Judicial. Sin embargo, en el mismo fallo dispuso que la obligación legislativa del artículo 2 de la Convención Americana, tiene por finalidad facilitar la función del Poder Judicial; pero cuando el Legislativo falla en su obligación de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención, el Poder Judicial permanece vinculado al deber de respeto y garantía de los derechos establecido en el artículo 1.1 de la misma (párr. 123), de donde se sigue que el ejercicio de la función del Poder Legislativo es fundamental en materia de promoción, de respeto y garantía de los derechos humanos.

Posteriormente, en el caso ***Trabajadores Cesados del Congreso Nacional (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú***, también de 2006, dispuso que el control de convencionalidad tenía por finalidad preservar el efecto útil de la Convención, el cual debía ejercerse de oficio,

en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (párr. 128). En el 2011, la Corte Interamericana en **Gelman vs. Uruguay** da un paso más y señaló que el ejercicio del control de convencionalidad correspondía a **cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial** (párr. 239).

Más recientemente, en **Urrutia Laubreaux vs Chile**, 2020, la Corte definió al control de convencionalidad como una *“Institución [instrumento] 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 (...) 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”* (párr. 139).

La doctrina del control de convencionalidad, en opinión de una parte de la doctrina jurídica, no importa una nueva obligación a la luz de la Convención Americana, sino más bien refuerza las obligaciones del Estado parte en la Convención y que opera bajo el siguiente esquema: ante el fracaso de un órgano (por ejemplo, el Legislativo), otro (por ejemplo, el Judicial) actuando en el ámbito de sus competencias, debe garantizar el respeto de los derechos humanos; en palabras de la Corte: “permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma” (Almonacid Arellano vs. Chile, párr. 123).

En consecuencia, ante la posibilidad cierta de que el Legislativo introduzca en el ordenamiento jurídico interno una norma contraria a la Convención, como queda de manifiesto en la jurisprudencia citada, debe también ejercer un efectivo control de convencionalidad teniendo como parámetro las disposiciones de la Convención Americana, sus fuentes y la jurisprudencia de la Corte. Finalmente, se debe decir que “todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados” (Almonacid Arellano vs. Chile, párr. 123).

V. Consideraciones Finales

Siendo el ejercicio del control de convencionalidad obligación general propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado en el marco de sus respectivas competencias y **la adopción de medidas legislativas una obligación específica del Poder Legislativo (y del Ejecutivo como colegislador)** y ante la posibilidad cierta que el ordenamiento jurídico interno contemple normas y prácticas que desconozcan u obstaculicen el goce y ejercicio de los derechos y las libertades reconocidas convencionalmente, y puesto que la Constitución Política determina, como lo señaló la Corte Interamericana en el **Caso la última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**, el actuar de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (párr. 72), **es necesario que el proceso de formación de la ley garantice el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos y el pleno goce y ejercicio de tales derechos y libertades, especialmente por parte de los colectivos históricamente excluidos.**

VI. Propuesta de norma constitucional

Por lo expuesto en los puntos anteriores, el Observatorio del Proceso Constituyente Chileno de la Universidad de Valparaíso y la Universidad del Estado de Río de Janeiro, considera que la Nueva Carta Fundamental debe considerar una norma constitucional del siguiente tenor:

Capítulo “Formación de la ley”:

Art. XX. “El contenido de toda ley deberá observar las obligaciones emanadas de los tratados y normas internacionales vigentes y de las resoluciones de los órganos de protección de derechos humanos cuya competencia haya sido reconocida por el Estado chileno”.

Jaime Rojas Castillo

Abogado, Universidad de Valparaíso. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III, de Madrid. Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III, de Madrid. Integrante del Observatorio del Proceso Constituyente Chileno, Universidad de Valparaíso y Universidad del Estado de Río de Janeiro.