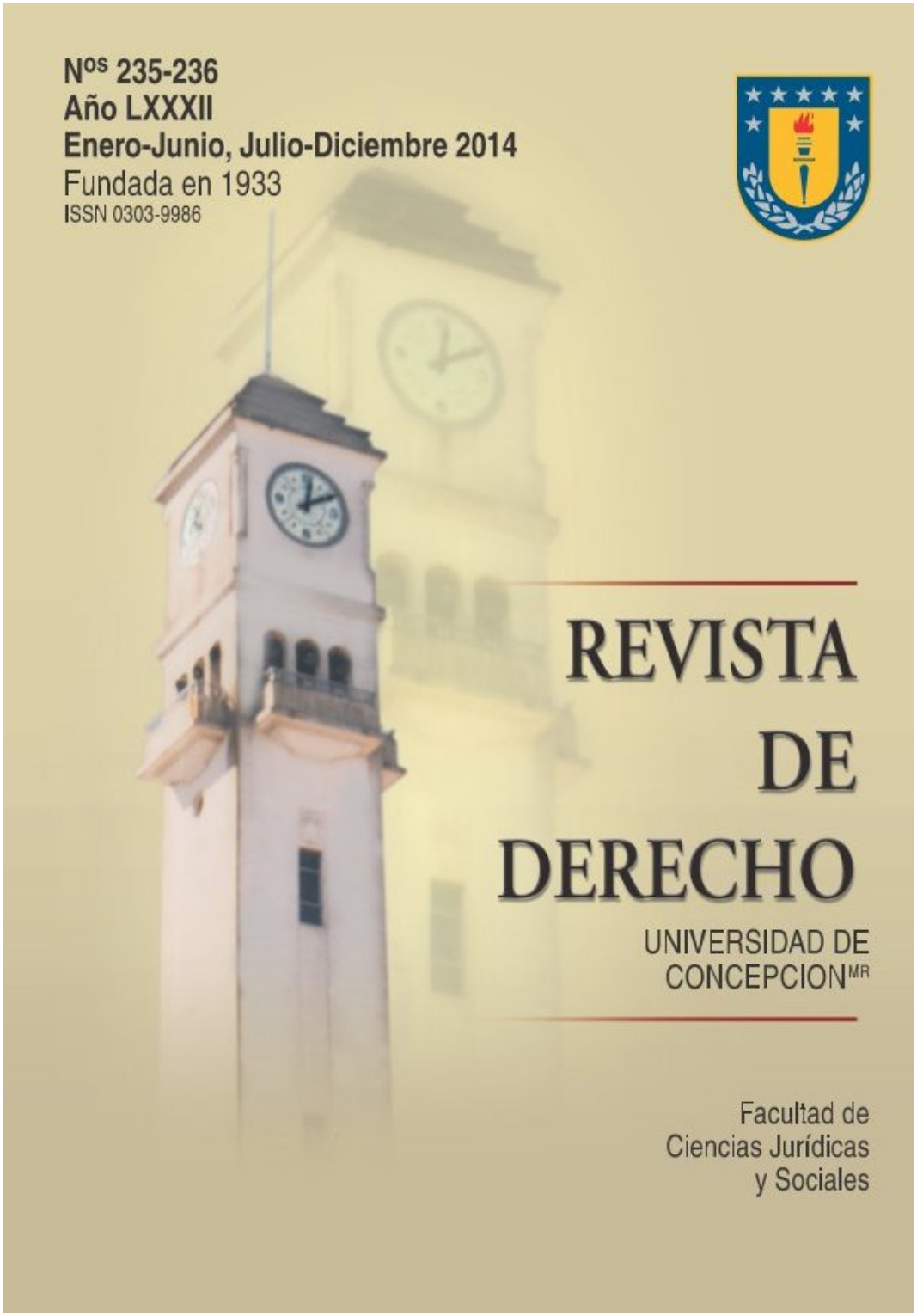
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 235-236: 157-170, 2014 ISSN 0303-9986

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD[*]

CARLOS ALDANA FUENTES[**]
Abogado

RESUMEN

El "control de convencionalidad" es una herramienta de control normativo que deben realizar los jueces internos, en ejercicio de su jurisdicción, para contrastar la legislación interna con el Derecho Internacional de Derechos Humanos, a fin de cumplir con las obligaciones que el Estado se comprometió al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos, de respetar y garantizar los derechos y libertades esenciales o fundamentales de la persona humana, en el conocimiento y juzgamiento de las causas sobre estas materias. En caso de omisión o cumplimiento insuficiente, puede recurrirse, previa denuncia a la Comisión, de la Corte Interamericana para que obligue al Estado a adoptar las medidas de amparo a las personas para asegurar el goce de sus derechos y a recibir las reparaciones correspondientes.

[*] Este artículo forma parte de la Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción.
[**]Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción.

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad nació de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la herramienta que tienen los órganos del Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos[1] para que, dentro de sus competencias, apliquen el estándar fijado por los tratados internacionales suscritos por Chile –en especial, la referida Convención Americana– y que se encuentren vigentes, los principios del DIDH (*uis cogens*) y la jurisprudencia de la propia Corte, cuando les corresponde conocer y resolver materias o casos sobre derechos humanos esenciales y que se protegen mejor que lo asegurado por el cuerpo normativo interno. En caso de omisión o incumplimiento, corresponde subsidiariamente a la Corte Internacional hacer efectivo el referido control de convencionalidad, adoptando las medidas y aplicando las sanciones correspondientes.

Chile, como Estado parte de esta comunidad internacional, al aceptar los referidos tratados y la competencia de la CIDH, está obligado, jurídica y moralmente a cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía de todos los derechos esenciales de la persona humana, garantizando su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna; como asimismo, al aceptar la competencia de los organismos controladores de estos compromisos, como el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y especialmente la CIDH, deben acatar y hacer cumplir lo resuelto por estos organismos.

Los derechos humanos esenciales tuvieron un especial reconocimiento en la Declaración de Santiago[2] sobre "Principios Comunes en Materia de Cooperación Judicial", aprobada por la I Cumbre Judicial CELAC-UE, que recogiendo lo declarado por los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea y de América Latina y el Caribe en Madrid el 18 de mayo de 2010, en cuanto a la necesidad de combatir, entre

[1] Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Fecha de entrada en vigor: 18/07/78; fecha de ratificación: 08/10/1990; Promulgación: D. N° 873, Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en D.O. de 05/01/1991.

[2] Suscrita por las presidentas y los presidentes y representantes de las Cortes y Tribunales Supremos de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños y de los países que componen la Unión Europea, reunidos en Santiago, Chile, los días 10 y 11 de enero de 2013.

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

otros, "los delitos más graves del derecho internacional y delitos de lesa humanidad, intensificando la cooperación para asegurar que éstos sean sometidos a la acción de la justicia", teniendo presente "el compromiso de nuestros Estados con el derecho internacional, en particular, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, en especial, con las garantías, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993", acordaron una serie de medidas y acciones de los poderes y órganos judiciales de los Estados miembros, para la consecución de tales fines.

Esto nos lleva a estimar que los derechos humanos de las personas ya no son sólo un asunto interno de los países individualmente considerados con sus ciudadanos o residentes, sino que, desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos por la Organización de Naciones Unidas, pasan a constituir también un objeto de las relaciones internacionales.

Como el sistema normativo internacional ha sido, generalmente, más avanzado que el sistema de normas internas de los Estados, se ha marcado un rumbo por el cual se ha llegado a exigir a los jueces locales que, al resolver un asunto sometido a su decisión, además de la legislación interna también tengan en consideración y apliquen la legislación internacional, respondiendo así a la confianza que el sistema de resguardo de los derechos humanos les entrega. En efecto, el jurista Antonio Cançado Trindade, ex juez de la CIDH y actualmente juez de la Corte Internacional de Justicia, ha señalado que, "…se encuentra confiada la protección primaria de los derechos humanos (a) los tribunales internos (que) tienen, en contrapartida, que conocer e interpretar las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos. De ahí la reconocida subsidiariedad del proceso legal internacional, la cual encuentra sólido respaldo en la práctica internacional, en la jurisprudencia, en los tratados, así como en la doctrina"[3].

[3] Cançado Trindade, Antonio: *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p. 274.

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

CONCEPTO

Para Juan Carlos Hitters, "el control de convencionalidad es un mecanismo que debe ser llevado primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una 'comparación' entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del ius cogens, o de la jurisprudencia de la CIDH; y luego, esa tarea, debe ser ejercida por la CIDH, si es que el caso llega a sus estrados"[4].

Especificando, Néstor Pedro Sagués[5] sostiene que el "control de convencionalidad" establecido por la CIDH en el caso "Almonacid Arellano" y completado por otros, especialmente en "Trabajadores Cesados del Congreso", ordena a los jueces nacionales reputar inválida a las normas internas (incluida la Constitución) opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la interpretación dada a ésta por la CIDH. Es un instrumento eficaz para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales. Indica que su éxito dependerá del acierto de las sentencias de la CIDH, y de la voluntad de seguimiento de los tribunales nacionales.

Por otra parte, el control de convencionalidad, para el profesor Gonzalo Aguilar Cavallo, "alude a la facultad de los magistrados de contrastar la norma dictada por el Poder Legislativo –y, eventualmente, por el Poder Constituyente– con la norma contenida en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por el Estado para hacer prevalecer estas últimas sobre las normas emanadas del Poder Legislativo y, *a fortiori*, sobre las normas emanadas del Poder Ejecutivo"[6]. Estima que el verdadero control de convencionalidad debe ser únicamente efectuado por el juez interno y no por la CIDH que sólo tendría competencia subsidiaria.

Para el profesor Francisco Zúñiga Urbina, el control de convencionalidad "es un control o inspección de la regularidad de los actos

[4] Hitters, Juan Carlos: "El control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación" En *Rev. de Estudios Constitucionales*, año 7, N° 2, Univ. de Talca, Chile, 2009, p. 109.

[5] Sagués, Néstor Pedro: "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". En *Rev. de Estudios Constitucionales*, año 8 N° 1, Univ. de Talca, Chile, 2010, p. 117.

[6] Aguilar Cavallo, Gonzalo: "La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador". En *Rev. de Estudios Constitucionales*, año 7, N° 1, Univ. de Talca, 2009, p. 483.

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del Estado Parte del sistema de protección internacional regional (sistema interamericano), actos emanados de sus poderes públicos en ejercicio de potestades constituyentes, legislativas, gubernativa, administrativa, judicial e inclusive de control"[7].

El principal y verdadero control de convencionalidad, con el carácter de concentrado, corresponde efectuarlo a la CIDH, pudiendo disponer la expulsión de la norma contraria a la Convención, como ocurrió en el caso del DL de Amnistía[8].

QUIÉNES DEBEN EJERCER EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Los profesores Tomislav Bilicic y Williams Valenzuela indican que por mandato del artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se genera la obligación para el Estado de Chile de adecuar el ordenamiento jurídico interno a la referida Convención; es más, se deben adoptar las medidas legislativas del caso y "las medidas de otro carácter" "que son, entre otras, las resoluciones judiciales, a través de las cuales debe cumplirse con el objeto de respetar y garantizar los derechos e impedir que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de derechos humanos en virtud de sus propios actos jurisdiccionales" y desde el cual se fundamenta la existencia del denominado control de convencionalidad interno o difuso, generándose así la obligación para todos y cada uno de los jueces nacionales de verificar la conformidad de la legislación aplicable al caso de que se trate con las normas interamericanas y, además, con la interpretación que de ellas ha efectuado la CIDH, como intérprete última del sistema. Dicha técnica protectora de los derechos humanos representa un verdadero llamado a los jueces nacionales a ser parte del sistema interamericano y, en definitiva, a contribuir en la defensa

[7] Zúñiga Urbina, Francisco: "Control de convencionalidad y tribunales nacionales. Una aproximación crítica" En: *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos*, Edit. Librotecnia, Santiago de Chile, 2012, p. 388.

[8] Sobre esta jurisprudencia de la CIDH, ver: "Caso Barrios Altos v/s Perú", sentencia de 14 de marzo de 2001; Caso Almonacid Arellano y otros v/s Chile", sentencia de 26 de septiembre de 2006; "Caso la Cantuta v/s Perú", sentencia de 29 de noviembre de 2006. "Caso de la masacre de las Dos Erres v/s Guatemala", sentencia de 24 de noviembre de 2009. "Caso Gelman vs. Uruguay" sentencia de 24 de febrero de 2011.

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y garantía de los derechos individuales; todo lo anterior en virtud de las obligaciones que impone la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los mencionados Arts. 1.1. y 2°.

El profesor Humberto Nogueira Alcalá[9] señala que el primer obligado a realizar el control de convencionalidad es el juez interno, teniendo como parámetro la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el que debe ejercerse *ex officio*, en aplicación del principio *iura novit curia*, ya que los jueces nacionales deben conocer y aplicar el derecho vigente, siendo parte del mismo derecho convencional de los derechos humanos. Estima que corresponde a las cortes y tribunales ordinarios y constitucionales latinoamericanos, ya sea explicitándolo en sus sentencias o haciéndolo en forma implícita, independientemente de que éste conforme o no formalmente con el bloque constitucional de derechos o independientemente de que el ordenamiento constitucional estatuya o no la interpretación conforme al derecho convencional internacional de derechos humanos.

En el caso Almonacid Arellano, se indica que primero le corresponde al juez interno[10], pues el Pacto impone la necesidad de "agotar los derechos internos" para interponer la demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este control doméstico debe practicarse de oficio por el juez, entre las normas locales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conforme a sus procedimientos y competencias. Dicha comparación normativa debe ser entre su sistema legal, incluida la C. Pol., las leyes y demás reglamentación interna con el *corpus iuris* convencional, esto es, los tratados internacionales sobre derechos humanos, la jurisprudencia de la CIDH, el *ius cogens* y, en suma, el derecho internacional. El control es de carácter difuso, por cuanto

[9] Nogueira Alcalá, Humberto: "El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno". En *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos*. Edit. Librotecnia, Santiago de Chile, 2012, pp. 11-80.

[10] Quedó remarcada, en el caso Almonacid Arellano –entre otros–, la pauta a la que antes hemos hecho referencia, en el sentido de que no sólo el Tribunal Interamericano debe llevar a cabo el contralor de marras, sino también que previamente los jueces locales pueden y deben ejercitar esta tarea, obviamente antes que el pleito llegue a la instancia internacional. Ello así porque –reiteramos– la intervención de los cuerpos supranacionales es subsidiaria y las actuaciones –por regla– deben ser analizadas en la instancia doméstica sin perjuicio del eventual "salto" a los andariveles interamericanos. De ahí que el Pacto impone la necesidad de "agotar los derechos internos" (Art. 46.1.a).

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cada uno de los jueces internos puede y debe cumplir la verificación de convencionalidad, de acuerdo a sus competencias. En suma, los órganos internos del Estado miembro, tanto el Ejecutivo como el Legislativo y el Judicial, en toda la estructura nacional, deben cumplir con las normas del Pacto, bajo apercibimiento de responsabilidad internacional, como lo indican los Arts. 1.1. y 2 de la Convención ADH. Y luego, subsidiariamente, corresponde a la Comisión Interamericana y finalmente a la CIDH.

El pronunciamiento de la CIDH es obligatorio para las partes, lo que no admite objeción, pues guarda concordancia con el Art. 3 del Código Civil, como también se hace vinculante para los órganos jurisdiccionales internos, debiendo el Estado adaptar su normativa interna, incluida la C. Pol., bajo pena de responder el Estado. Así se resolvió en el caso de La Última Tentación de Cristo. En los delitos de lesa humanidad, la CIDH declaró inaplicable en todo el país y con efecto *erga omnes*, las leyes de amnistía dictadas en Perú[11].

Para el profesor Aguilar[12], un juez nacional no puede posponer, desconocer o no aplicar el derecho internacional de los derechos humanos convencionalmente aceptado por el Estado, sin perjuicio de su facultad a determinar que es considerado derecho aplicable al caso sometido a su conocimiento, ello porque en la perspectiva de derechos humanos, la fuente de sus normas no se agota solamente en la Ley y en la Constitución, sino que también en lo que el Estado ha decidido soberanamente incorporar a su sistema normativo, debiendo el juez nutrirse de todas las fuentes, pues es su obligación que en cada acto jurisdiccional cumpla con el respeto, protección y aseguramiento de los derechos humanos fundamentales de los individuos.

EL CARÁCTER VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La CIDH ha establecido, a través de sus fallos, que su jurisprudencia es vinculante, pues la interpretación de la Convención Americana sobre

[11] CIDH, caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C Nº 75; CIDH, caso Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, serie C, Nº 71; y CIDH, caso "La Cantuta v/s Perú", sentencia de 29 de noviembre de 2006.
[12] Aguilar Cavallo, Gonzalo: "La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador". En *Rev. de Estudios Constitucionales*, año 7, N° 1, Univ. de Talca, 2009, pp. 449-506.

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Derechos Humanos corresponde a la CIDH y ésta es la intérprete única, agregando que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que el cumplimiento de los fallos del organismo internacional debe hacerse de buena fe. Ha estimado la CIDH que su jurisprudencia es obligatoria para los Estados parte y también para todos los Estados suscribientes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para cuyos efectos se les envía copia autorizada de los fallos, aunque no sean parte del juicio[13]. De esta forma, como sostienen algunos autores, la jurisprudencia pasa a formar parte del *corpus iuris* internacional y fuente formal del derecho, configurando el parámetro de control de convencionalidad.

Esta posición es criticada por la doctrina, porque no tiene fundamento legal interno y es una doctrina ajena a nuestro sistema legal. Además, porque la jurisprudencia de la CIDH no ha sido uniforme sino que ha tenido posiciones diferentes, presentando dificultades para conocer su verdadera posición frente a un asunto determinado. No obstante, la mayoría de los Estados parte la acepta como antecedente de interpretación, los fundamentos de sus fallos.

En el evento que exista jurisprudencia distinta por la CIDH atinente a un mismo caso, el profesor Nash Rojas[14] sostiene que "debe preferir aquel que de mejor manera proteja los derechos humanos" conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención ADH.

Para el profesor Víctor Soto[15], no resulta debatible que los aspectos resolutivos de los fallos de la CIDH ejerzan fuerza obligatoria y vinculante a los Estados parte del proceso tramitado ante su jurisdicción, en mérito de lo preceptuado en los Arts. 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su cumplimiento de buena fe de la sentencia según lo prescribe la Convención de Viena sobre Cumplimiento de los Tratados. Del mismo modo, el Art. 62.1 del citado instrumento internacional deja de manifiesto la obligación de los Estados parte en

[13] En este sentido interpretación mutativa por adición.
[14] Nash Rojas, Claudio: "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *El diálogo transjudicial de los tribunales constitucionales entre sí y con las cortes internacionales de derechos humanos*". Edit. Librotecnia, Santiago de Chile, 2012, p. 380.
[15] Soto, Víctor: "La ratio decidendi y la opinión consultiva en los fallos de la CIDH como factor vinculante a los estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". En *Diario Constitucional*, 11 de octubre de 2012.

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

reconocer la competencia de la CIDH en la aplicación e interpretación de la Convención ADH. También estima pacífica la discusión de preferir las normas internacionales a las internas o domésticas de cada Estado cuando protegen de mejor forma el derecho amparado por la Convención ADH, en mérito de las reglas de hermenéutica de *pro homine* o pro persona. Sin embargo, no vislumbra dicha claridad cuando se habla de los fundamentos o argumentos que tuvo el órgano jurisdiccional para resolver el asunto sometido a su conocimiento y cómo esos razonamientos se entienden aplicables indirectamente o por vía interpretativa a todos los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no hayan sido partes en el conflicto en que se pronuncia.

Lo que resulta trascendente para el caso que analizamos es que, en dicho considerando (*ratio decidendi*), la Corte se ocupa en despejar cualquier duda respecto a la fuerza vinculante *erga omnes* que tienen sus interpretaciones de la Convención ADH, cuando sostiene que el Poder Judicial debe tener en cuenta además del texto del tratado, los sentidos y alcances que ha fijado dicho Tribunal Internacional.

Este criterio argumentativo fue recogido posteriormente por la Corte casi textual en el caso Gelman con Uruguay, en donde expresa en su párrafo 193: "Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos incluidos sus jueces están sometidos a aquel, lo cual les obliga porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los 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' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea 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".

En el "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile" señala que "con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso"[16].

[16] CIDH caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 184.

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De la jurisprudencia de la propia CIDH podríamos concluir que el control de convencionalidad debe efectuarse por cualquier órgano del Estado (el profesor Nash dice autoridad pública) en el marco de su competencia; cuando existe control de constitucionalidad concentrado (como en Chile) también debe hacerse por los jueces comunes, de acuerdo a la hermenéutica, haciendo compatibles las normas internas con las obligaciones convencionales del Estado.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya ha establecido que "es un principio de derecho internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada"[17]. En el caso de violaciones a los derechos humanos, la responsabilidad del Estado es mayor, pues detenta todo el poder de una nación, debiendo ser más cuidadoso pues está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. En efecto, el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos esenciales de las personas, quienes poseen el derecho a exigir su cumplimiento. Su resguardo no sólo queda limitado a los órganos internos, sino también a los organismos internacionales, creados por los propios instrumentos convencionales.

El profesor Nash sostiene que, para que sea procedente la responsabilidad del Estado, deben concurrir dos elementos: a) existencia de un acto u omisión que viole una obligación Internacional del Estado en materia de derechos humanos (al respecto, la CIDH ha señalado[18] que entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independiente de su jerarquía, que violen la convención Americana); y b) que dicho acto de carácter ilícito le debe ser imputable al Estado de acuerdo a las reglas

[17] Corte Permanente de Justicia Internacional, "Caso Fábrica Chorzów", sentencia de 27 de julio de 1927.
[18] CIDH, caso de La Última Tentación de Cristo "Olmedo Bustos y otros vs Chile" sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 72.

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de imputación del derecho internacional público[19].

Al perseguir la responsabilidad del Estado, es importante tener en cuenta cuáles son los derechos exigibles al Estado. Seguidamente, cuando una conducta de los órganos o agentes del Estado, por su actividad o inactividad, pueda originar su responsabilidad internacional. Chile tiene experiencia al respecto, pues ha sido condenado en cinco casos por la CIDH, materia que será objeto de estudio en el próximo capítulo.

Una vez determinada la responsabilidad del Estado, se ordena el cumplimiento de la obligación primaria (que no cesa con el incumplimiento) y por otra, surge la obligación secundaria de reparar, como lo dispone el Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente, sobre la responsabilidad del Estado, cabe señalar que la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en el quincuagésimo sexto período de sesiones, 85° Sesión Plenaria de 12 de diciembre de 2001, aprobó la Resolución 56/83 sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, mediante la cual acoge con beneplácito la conclusión de la labor de la Comisión de Derecho Internacional respecto de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y su aprobación del proyecto de artículos así como de un comentario detallado acerca del tema y decide incluir en el programa provisional de su quincuagésimo noveno período de sesiones titulado "Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos". El informe de la Comisión contiene 59 artículos en los que tipifica los hechos internacionalmente ilícitos del Estado que generan responsabilidad internacional, la violación de una obligación internacional por un Estado, las circunstancias que excluyen la ilicitud y las formas de reparación que puede adoptar la forma de restitución, indemnización y satisfacción y cómo se hacen efectivas dichas medidas[20]. Lo anterior demuestra la preocupación del máximo organismo mundial por establecer claramente la responsabilidad del Estado en hechos internacionalmente ilícitos.

[19] Nash Rojas, Claudio: *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Univ. de Chile, 2012, pp. 39 - 40.
[20] Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, A/RES/56/83.

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

CONCLUSIONES

Los derechos humanos esenciales protegidos por la Constitución, ya sea aquellos contenidos en el catálogo de su artículo 19, como los derechos contenidos en los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentra vigentes, tienen reconocimiento legal interno por reenvío del artículo 5°, inciso 2°, segunda parte de la Constitución, los que tienen jerarquía constitucional.

Los derechos implícitos que emanan del artículo 29 de la Convención ADH y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en sus diversas fuentes, como son los principios o *ius cogens* y el derecho consuetudinario, conforman el denominado bloque de constitucionalidad, parámetro o estándar que los órganos de los Estados suscribientes de la Convención ADH y que aceptaron la competencia de la CIDH, deben respetar y promover los derechos humanos fundamentales, que se fincan en la dignidad humana.

La forma de resguardo de los mismos, es a través del denominado control de convencionalidad, creación jurisprudencial de la CIDH, la que debe ser respetada por los Estados partes de la Convención y aceptada la competencia de la Corte, deben aceptar su jurisprudencia y observar como estándar el derecho convencional y el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos.

Todos los órganos del Estado parte, incluidos los jueces, están obligados a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, concretando un control de convencionalidad de las normas jurídicas internas, que deben realizar de oficio, dentro de sus competencia y las regulaciones procesales vigentes, otorgándole un efecto útil que no sea anulado por aplicación de leyes contrarias a objeto y fin, teniendo en consideración no sólo el tratado sino la interpretación que de éste ha realizado la CIDH como su intérprete auténtico y final. Cuando exista colisión de normas legales y constitucionales, los jueces deben concurrir vía requerimiento de inaplicabilidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la C. Pol., lo que ha ocurrido en varias oportunidades, especialmente por tribunales de primer grado. Ahora, cuando se trata de interpretación de normas, dichos jueces pueden, a través de las reglas de hermenéutica, preferir aquella que mejor proteja los derechos esenciales de la persona,

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

como lo ha reiterado el Tribunal Constitucional.

Entonces, los magistrados del Poder Judicial, cualquiera sea su grado, están obligados a efectuar el control de convencionalidad, deber que emana, normativamente, de lo dispuesto en los Arts. 1 incs. 1° y 4°; 5 y 6 de la C. Pol. de 1980, en relación con los Arts. 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando conocen causas de derechos humanos, a través del control difuso de esta herramienta jurisdiccional.

Dicha magistratura tiene las herramientas legales para cumplir con la obligación de realizar un efectivo control de convencionalidad, en virtud del principio *iura novit curia*, ya que el derecho vigente se presume conocido y todo juez tiene el deber constitucional de respetar y promover los derechos esenciales o fundamentales, además de garantizarlos de acuerdo con la Constitución, obligación imperativa conforme al artículo 5° inciso 2° de ella y así evitar que el Estado incurra en incumplimiento de obligaciones y sujeto de sanciones.

El juez nacional debe proceder a realizar el control de convencionalidad, con un adecuado conocimiento y comprensión del *corpus iuris* interamericano y de la jurisprudencia de la CIDH, ello le permitirá arribar, prudentemente, a la solución de conformidad con el *corpus iuris* interamericano en casos contenciosos inéditos que les corresponda resolver, cuya diversidad puede ser extensa. Además, debe tener competencia, habilidad y destreza suficiente en el manejo de la interpretación de los derechos humanos y de las reglas de interpretación vinculantes contenidas en el artículo 29 de la Convención ADH.

En igual sentido, el Tribunal Constitucional también debe realizar el control de convencionalidad, con igual parámetro que los otros jueces ordinarios, respetando los estándares mínimos respecto de los atributos y garantías de los derechos asegurados por el sistema interamericano, utilizando el principio "*pro homine*" o "favor persona", cumpliendo simultáneamente con el control de constitucionalidad exigido constitucionalmente y el control de convencionalidad establecido por el sistema interamericano, dentro de sus competencias y procedimientos determinados por el ordenamiento jurídico interno, debiendo armonizar ambos cuerpos legales.

Chile tiene varias materias pendientes, principalmente legislativas, para cumplir con las exigencias de la Convención.

Artículo: El control de convencionalidad
Revista: Nº235-236, año LXXXII (En-Dic, 2014)
Autor: Carlos Aldana Fuentes

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En efecto, debe establecer la normativa pertinente que determine el procedimiento de cumplimiento de las sentencias dictadas por la CIDH. Ello ha sido suplido por la Jurisprudencia de los tribunales de justicia, como ocurrió con el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

En el mismo sentido, dando cumplimiento a lo resuelto en el referido caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, debiera derogarse el DL de Amnistía, que si bien no se aplica por disposición jurisprudencial, daría certeza jurídica y paz social.

Determinarse, a través de sistema normativo interno, la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes y del derecho internacional sobre derechos humanos y la costumbre, como asimismo, el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CIDH, aun en aquellas sentencias en que no es parte.

Por último, si en causas de derechos humanos procede la media prescripción o prescripción gradual, contemplada en el artículo 103 del Código Penal, como también si las acciones civiles sobre responsabilidad extracontractual del Estado que emanan de violación de derechos humanos también son imprescriptibles, como lo es en materia penal.

Resolver estas materias a través de ley daría certeza jurídica y mantendría el principio de igualdad ante la ley, lo que en la actualidad no ocurre, pues se encuentra sujeto al criterio de los jueces y la composición del tribunal que le corresponde resolver.