

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ASOCIACIÓN CHILENA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA CHILE

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ

© ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4° piso, Santiago

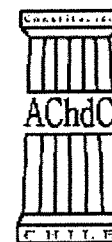
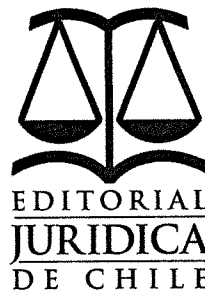
Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 296.336, año 2018
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
en el mes de noviembre de 2018

IMPRESORES: Dimacofi Negocios Avanzados S.A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-2508-0



Asociación Chilena de
Derecho Constitucional

NUEVA CONSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: PROBLEMAS Y DESAFÍOS

Pablo Contreras Vásquez *

Domingo Lovera Parmo **

- GÓMEZ, JUAN CARLOS (2009), *El Poder Constituyente Nacional. Un eterno excluido*, en BENÍTEZ, JORGE y ROSAS, PEDRO (editores), *La República Inconclusa. Una nueva Constitución para el bicentenario* (Santiago, Editorial ARCIS).
- GONZÁLEZ, DIEGO (2016), *Hegemonía y poder constituyente: Lecciones de Islandia para el caso español* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- HEISE, JULIO (1989), *150 años de evolución institucional*, en ZÚÑIGA, FRANCISCO (2010).
- MARTUCCELLI, DANILO (2010), *¿Existen individuos en el Sur?* (Santiago, Editorial LOM).
- NEGRI, ANTONIO (2015), *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad* (Madrid, Traficantes de Sueños).
- OCARANZA, FRANCISCO (2011), *La Constitución Política de 1828, testimonio del ideario liberal*. Disponible en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/2-Ocaranza.pdf>
- RAWLS, JOHN (2006), *Teoría de la Justicia* (México, Fondo de Cultura Económica, 2ª edición).
- SALAZAR, PEDRO (2006), *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. (México, Fondo de Cultura Económica, IJ-UNAM).
- SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO (1997), *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, volumen III).
- TAPIA, JORGE (2008), *Poder Constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario*. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100005
- ZÚÑIGA, FRANCISCO (2010), *La Constitución conservadora de 1833 y la visión crítica de Juan Bautista Alberdi*. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000200012
- ZÚÑIGA, FRANCISCO (2011), *Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente*. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100014
- ZÚÑIGA, FRANCISCO (2014), *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, Antecedentes y Debates* (Santiago, Legalpublishing-Thomson Reuters).

RESUMEN

El presente trabajo aborda la relación entre una nueva Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en el caso chileno. Para ello, primero examina el estado de la cuestión, tanto en la dogmática como en la jurisprudencia nacional, considerando la especial preocupación que el Profesor Lautaro Ríos ha expresado en la materia. Luego, propone una crítica a la práctica sobre la relación entre Constitución y DIDH en base a la evidencia empírica que se ha levantado en nuestro medio. Por último, se presentan criterios para considerar en el evento de un cambio constitucional, con el objeto de otorgar certeza en el sistema de fuentes y de compatibilizar las críticas democráticas al DIDH en los sistemas constitucionales nacionales.

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre una nueva Constitución ha abarcado diversos aspectos sobre su contenido. La atención que se ha dado a materias sobre reformas políticas, las reglas democráticas y los órganos de control –como el Tribunal Constitucional–, han destacado frente a otros temas que han quedado atrás en la discusión pública. Entre ellos, la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución.

Como sabemos, no es una materia nueva. Ya en las reformas de 1989 negociadas entre la dictadura cívico-militar y la entonces Concertación de Partidos por la Democracia, se incluyó un acuerdo para revitalizar el papel constitucional que los tratados internacionales

* Doctor en Derecho, Universidad de Northwestern. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales y Universidad Alberto Hurtado. pcontrv@uahurtado.cl

** Doctor en Derecho, York University (Canadá); LL.M. Columbia University.

sobre derechos humanos debían desempeñar.¹ El resultado de ese acuerdo se tradujo en el actual art. 5° inc. 2° del Texto Constitucional, que dispone: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

El alcance de esta disposición ha conducido a amplios debates sobre la jerarquía de los tratados internacionales,² la identificación de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional³ e, incluso, las competencias de control de constitucionalidad o, eventualmente, de “convencionalidad” de los órganos estatales.⁴

En este texto abordamos la relación entre una nueva Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

II. LA PROBLEMÁTICA RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. LOS PROBLEMAS

El primer problema que suscitó la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la órbita constitucional, fue la determinación de la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos, tras la modificación al art. 5° de la Constitución.⁵ Hasta hoy, se mantiene una ausencia de claridad constitucional respecto a la jerarquía que los tratados internacionales sobre derechos humanos poseen en el entramado constitucional chileno. Un entramado que, como acertadamente alguna vez señaló el profesor Ríos, apuntaba más –a pesar de algunas declaraciones más optimistas– a configurar un esquema constitucional insular; uno “virtualmente desconectad[o] del orden internacional”, en sus palabras.⁶

¹ Sobre las reformas de 1989, véase ANDRADE GEYWITZ (2002).

² Véanse, por todos, RÍOS (1997); CUMPLIDO (1996); NOGUEIRA (1997); ALDUNATE (2010).

³ Véanse NOGUEIRA (2006), pp. 223-261; NOGUEIRA (2007), p. 457; CONTRERAS (2011); CANDIA (2015).

⁴ NOGUEIRA (2012); AGUILAR (2013); CONTRERAS (2015); HENRÍQUEZ (2014); NASH (2012).

⁵ En rigor –y en términos históricos– este fue el segundo problema. El primero se dio, precisamente, respecto a la compatibilidad entre normas constitucionales internas y normas de derechos humanos internacionales. Es lo que tuvo que resolver el Tribunal Constitucional en el conocido caso “Clodomiro Almeyda”. Véase STC R. 46.

⁶ Ríos (1998), p. 233.

Esto genera una serie de problemas, en especial tratándose de disposiciones de tratados internacionales que colisionan, o que se afirma que colisionan, con disposiciones constitucionales –puesto que las regulaciones constitucionales se refieren a la incorporación de los tratados, al tiempo que facultan el control de constitucionalidad por parte del TC–. El profesor Emilio Pfeffer afirma que, en verdad, lo que la Constitución regula es un sistema de incorporación, pero no de transformación.⁷ Aunque sobre esto no hay una sola opinión.

En efecto, el segundo problema que puede identificarse en la regulación actualmente vigente es la relativa, precisamente, a la incorporación, puesto que la Constitución no regula, ni sienta las bases, siquiera, de la incorporación del derecho internacional.⁸ Tampoco regula –de hecho, ni menciona– la incorporación del derecho internacional consuetudinario o común.⁹ Ambos aspectos del problema tampoco parecen estar resueltos con la reforma al art. 54 N° 1 de la Constitución.

Un problema aún más complejo dice relación con otras fuentes formales de Derecho Internacional, como el valor y la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Frente a esto, la Constitución calla. Toda respuesta dogmática, en este punto, debe conciliar el principio democrático de la Constitución, la distribución de competencias que efectúa la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales.¹⁰ Desatender los dos primeros en favor del tercero, supone traicionar el sistema constitucional en favor de un desformalizado y acomodaticio *ius commune* latinoamericano.¹¹

2. LA PRÁCTICA JUDICIAL

¿Cómo se han enfrentado estos problemas en la jurisprudencia nacional? La respuesta debe distinguir entre la praxis jurisdiccional de los tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional.

a) Tribunales ordinarios

Los tribunales ordinarios se han visto corrientemente expuestos a enfrentarse al derecho internacional de los derechos humanos, en

⁷ PFEFFER (2003).

⁸ FUENTES (2015), p. 171.

⁹ PFEFFER (2003); FUENTES (2015), p. 172.

¹⁰ FUENTES (2015); CONTRERAS (2015b).

¹¹ Sobre la noción de *ius commune* véanse, por todos, von BOGDANDY, MORALES ANTONIAZZI, & FERRER MAC-GREGOR, E. (2013); von BOGDANDY (2015).

especial –aunque, desde luego, no exclusivamente– en el contexto de investigaciones por violaciones del pasado. Según Manuel Núñez, los tribunales ordinarios se han venido moviendo a una progresiva aceptación del derecho internacional de los derechos humanos.¹² Aunque conviene enfatizar –y el profesor Núñez también lo hace– que en idéntica situación se encuentran todas las normas de derecho internacional, y no únicamente las disposiciones relativas a derechos humanos. En esa aceptación, se ha afirmado su jerarquía constitucional, se han preferido las normas de producción internacional por sobre las de producción doméstica y se han aplicado, incluso, tratados internacionales no vigentes en Chile.¹³ También se ha reconocido valor, a veces suprallegal, a la costumbre internacional.¹⁴ En lo que respecta a las relaciones entre Constitución y tratados internacionales “se aprecia en la virtual inexistencia de jurisprudencia que haya preferido aplicar el Derecho internacional contra disposición constitucional expresa, o siquiera colmar un aspecto no regulado por la Constitución”.¹⁵

b) Tribunal Constitucional

La situación ante el Tribunal Constitucional pareciera ser distinta. En un comienzo, el Tribunal se abocó a determinar el rango y jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos. La referencia obligada es la STC R. 346, conocida como “Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en donde el Tribunal resolvió que “para determinar el sentido del artículo 5°, inciso segundo, utiliza el mismo criterio de un informe del año 1963, y deja constancia, en esta forma, que la Constitución prevalece sobre los tratados que se refieran a derechos humanos” (cons. 66). La sentencia concluye que “si aplicamos el criterio de interpretación de unidad y coherencia del texto constitucional, es evidente que el artículo 5°, inciso segundo, de la Ley Fundamental, no puede analizarse aisladamente y debe armonizarse con las siguientes disposiciones constitucionales, lo que nos lleva a hacer primar las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile” (cons. 72). Como sabemos, la decisión impidió la ratificación del tratado que requirió una reforma constitucional para que Chile pudiese pasar a ser Estado Parte del Estatuto.¹⁶

¹² NÚÑEZ (2009), p. 491.

¹³ NÚÑEZ (2009), p. 493.

¹⁴ FUENTES (2015), p. 172.

¹⁵ NÚÑEZ (2009), p. 495.

¹⁶ Ley N° 20.352 (D.Of. 30.05.09), dispuso: “VIGESIMOCUARTA. El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los

Posteriormente, al conocer preventivamente sobre la constitucionalidad de su propia Ley Orgánica Constitucional, el Tribunal reitera la idea de prevalencia de la norma constitucional –en términos jerárquicos– por sobre los tratados internacionales. En la STC R. 1288-2009 cita tanto la opinión de Silva Bascuñán como la reforma constitucional 2009 que permitió la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en nuestro país (cons. 45 y 49). A propósito de esto último, el Tribunal reafirmó que “si se requirió reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad, en la medida que se cumplan los demás requisitos que la Constitución establece para ello” (cons. 49). La consecuencia de esta decisión fue permitir el control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales, por la vía de la acción o cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 93 N° 6 de la Constitución.

Otras decisiones han recalcado que el art. 5, inc. 2° busca enfatizar la defensa y promoción de los derechos humanos en el ordenamiento interno, pero que no habría modificado el sistema de fuentes formales del Derecho Chileno ni la jerarquía entre éstas. Por ejemplo, en la STC R. 2387, el Tribunal sostuvo que el art. 5°, “[l]o que hace, entonces, [...] es reforzar, mediante un enunciado específico, esa obligación en materia de derechos humanos, pero no tiene la virtud de elevar ni podría hacerlo, ya que no fueron aprobados en ejercicio del Poder Constituyente tales tratados a rango constitucional” (cons. 12).

Cierta doctrina ha insinuado que el Tribunal Constitucional ha internalizado el uso de las fuentes formales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos –y del sistema interamericano, en

términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte.

Al efectuar ese reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.

La cooperación y asistencia entre las autoridades nacionales competentes y la Corte Penal Internacional, así como los procedimientos judiciales y administrativos a que hubiere lugar, se sujetarán a lo que disponga la ley chilena.

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma”.

particular— como parte de su praxis jurisprudencial.¹⁷ Es dudoso que, empíricamente, esto sea así. Un estudio serio en este punto demuestra que hay una utilización creciente pero no hegemónica de dichas fuentes.¹⁸ En promedio, la invocación de sentencias internacionales de derechos humanos no llega a un quinto de las decisiones del Tribunal Constitucional para los años 2008 a 2013.

Lo cierto es que la aplicación del Derecho Internacional y el recurso a los tratados internacionales de derechos humanos —también, a efectos de configurar una suerte de “bloque de constitucionalidad” conforme al cual ha cotejado la aplicación de las leyes— parece más bien una cuestión esporádica. En algunas decisiones, el Tribunal ha reconocido derechos fundamentales implícitos a partir de la conjunción entre normas constitucionales e internacionales. Por ejemplo, en materia del derecho a la identidad, el Tribunal Constitucional sostuvo que “debe reconocerse [...] que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes [...] consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental. La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura, en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Carta consagra. Asimismo, aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país” (STC R. 1340, c. 9, citando a la STC R. 834, c. 22°).

En otros casos, el Derecho Internacional es funcional a los estándares para el examen concreto de constitucionalidad de un precepto legal. Por ejemplo, en la STC R. 2492-13 el Tribunal Constitucional identifica una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —*Palamara Iribarne vs. Chile*¹⁹— que condenó al Estado de Chile por violar garantías judiciales y afirma que “los estándares que

¹⁷ NOGUEIRA (2007).

¹⁸ SCHÖNSTEINER (2016), p. 204.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2005, Ser. C, N° 119.

se derivan del caso *Palamara* y que son aplicables a esta causa [...]” (STC R. 2492-13, cc. 19-20). Específicamente, el Tribunal sostuvo que “la vulneración de los derechos a ser oído por un juez o tribunal competente, a un proceso público y a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, constituye un conjunto de infracciones al artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este artículo tiene su correspondencia en el orden constitucional chileno a través del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución”. (STC R. 2492-13, c. 23). La recepción interna del estándar internacional —tanto del tratado como de la sentencia— se efectuaría a partir del art. 5, inc. 2°, pero, además, “no sólo se satisface bajo el requisito formal del artículo constitucional indicado, sino que el derecho a un juez competente es parte del derecho a un juez natural, garantía integrante del debido proceso, reconocido en el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto, de la Constitución” (STC R. 2492-13, c. 24). Pareciera, entonces, del tenor de la sentencia, que las normas citadas a mayor abundamiento son las regulaciones constitucionales y no —como se ha dicho que es la tónica— las del derecho internacional.

Finalmente, el Tribunal también, en el contexto de las sentencias sobre el Convenio 169, ha resaltado la distinción entre normas autoejecutables y de ejecutabilidad —distinción que, ciertamente, influye en algún aspecto de la incorporación—. Para el Tribunal, el Convenio tendría un carácter autoejecutable, al menos en ciertos preceptos. En la STC R. 309-00, sostuvo que “el artículo 7, N° 1°, oración final, del tratado en estudio dispone: ‘Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente’. La simple lectura de este precepto es suficiente para estimar que estamos en presencia de una norma autoejecutable como se infiere con claridad de la forma imperativa en que se encuentra redactada al disponer que los pueblos ‘deberán participar’. Esta norma, a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada” (STC R. 309-00, cc. 6 y 7).²⁰

3. BALANCE DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL

Para concluir este primer apartado: ¿qué panorama ofrece hoy el desarrollo dogmático y jurisprudencial del art. 5° inc. 2° del Texto

²⁰ De todos modos, en STC 23787-12 pueden explorarse los límites a esta autoejecutabilidad calificada o sometida a la necesidad de adecuar los cuerpos legales que colisionen con lo que el propio tratado (Convenio N° 169) dispone.

Constitucional? Si bien se refiere únicamente al Derecho Internacional Convencional –“tratados internacionales”, como explícitamente lo dispone–, se advierte de las prácticas antes descritas que podría concluirse que existe (más menos) una relativa certeza con respecto a lo siguiente:

Primero, en relación a la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, la reforma constitucional de 1989 produjo una disparidad de opiniones dogmáticas que han impedido el consenso al respecto. De todas maneras, parece haber un número creciente de opiniones que, acicateadas por algunas de las decisiones del TC arriba delineadas, han abrazado la tesis de una jerarquía intermedia, formalmente legal, pero sustantivamente superior a la ley y, en cualquier caso, infraconstitucional.

Segundo, que las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en la medida que reconocen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, son utilizados –aunque no en términos recurrentes– como normas integradoras del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución –por la vía de la aplicación del art. 5° inc. 2°–. Ello ha abierto la puerta –aunque el TC no lo diga así–, a una suerte de “bloque de constitucionalidad” (incluso por medio del recurso a la jurisprudencia de la Corte Interamericana). Sin embargo, esta puerta que el TC ha abierto dista de ser una práctica mayoritaria y suele ser cuestionada por su aplicación desformalizada.

Finalmente, que los tratados internacionales, dependiendo de la especificidad, precisión y completitud con que se expresan, son autoejecutables. Por lo tanto, pueden aplicarse directamente, sin necesidad de implementación legislativa. Aunque esto, como se ha advertido, es una solución demasiado simple para un problema tan complejo.²¹

III. CRÍTICAS A LA PRÁCTICA DE LA RELACIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El estado de la cuestión y la praxis constitucional que venimos describiendo no ha estado libre de críticas. Éstas son de variado orden. En primer término, se ha denunciado que estamos ante una práctica poco prolija. El TC haría un uso del derecho internacional (de los derechos humanos) en la forma de argumentos de “a mayor abundamiento”, por medio de una selección poco sistemática o según

conveniencia (“cherry picking”) y, en más de alguna ocasión, de modo “furtivo”, esto es, sin referencia explícita al derecho internacional de los derechos humanos, sino que solo replicando, sobre esto no hay dudas, el razonamiento o lenguaje de los estándares del derecho internacional.²² En esta línea, por ejemplo, el Tribunal Constitucional entiende el derecho de consulta a su antojo, con poca atención a lo que entonces ya había sido bastamente discutido a nivel de interpretación internacional del mismo derecho. Dispuso entonces, en la STC R. 1050-08 que “ha de entenderse que al disponer el artículo 6, N° 2, del Acuerdo remitido, que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece. En este entendido el precepto resulta plenamente compatible con la participación democrática que contempla el artículo 1° de la Carta Fundamental y con la radicación de la soberanía y de su ejercicio que contempla el artículo 5° de la misma Ley Fundamental” (STC R. 1050-08, c. 14).

Un caso de mayor cuidado, en cambio, lo ofrece la conocida decisión del Tribunal Constitucional en la STC R. 740-07 sobre la denominada “píldora del día después”. Allí, dentro de las razones en las que se fundó para apoyar su decisión de declarar la inconstitucionalidad de la píldora, estaba el recurso al art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los siguientes términos:

“Que, en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos –tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente– señala, en su artículo 4.1, que ‘Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente’.

De esta manera, este tratado internacional –que forma parte del ordenamiento jurídico chileno– resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquélla que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución” (STC R. 740-07, cons. 53).

A continuación, el Tribunal concluyó,

²¹ FUENTES (2015), pp. 182-185.

²² SCHÖNSTEINER (2016), pp. 2010-2014; con una tipología similar: NÚÑEZ (2009), pp. 498-504.

“Que el derecho a la vida asegurado por el artículo 19 N° 1 de la Constitución, en consonancia con el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, asegura a toda persona –incluyendo al nasciturus– el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres” (STC R. 740-07, cons. 56).

Esta apelación es problemática, como ha sido anotado por la doctrina. En primer término, por hacer caso omiso del tratamiento que se ha dado a dicho precepto²³ y, en segundo lugar, porque, a propósito de resumir su razonamiento, cita la disposición del art. 4.1 CADH de manera fracturada, esto es, omitiendo el “en general” que había provocado la discusión, y posterior aclaración, de su alcance.

Respecto a la implementación de las decisiones de órganos del Sistema Interamericano de DDHH, como acertadamente lo han descrito Schönsteiner y Couso, a) existe una disposición relativamente abierta del Poder Ejecutivo a implementar las decisiones –con excepción del tema indígena–; b) una resistencia del Poder Judicial –nótese, no obstante su apertura al momento del ejercicio habitual de sus funciones jurisdiccionales–; y c) una suerte de indiferencia del Poder Legislativo.²⁴ En cualquier caso, la implementación es fragmentada y con problemas de reparto de competencias, especialmente a propósito del rol de los tribunales.²⁵

IV. CONSIDERACIONES A FUTURO: SOBRE QUÉ BASES SE DEBE ABORDAR LA RELACIÓN ENTRE NUEVA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La relación entre Nueva Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos supone superar las constricciones que una Constitución promovida por una dictadura supone al régimen democrático y que mediante la apertura del Derecho Internacional se intentó paliar los déficit en materia de derechos humanos. Asumiendo que la práctica democrática es neutralizada por esta Constitución,²⁶ no hay que olvidar que su origen tuvo como objetivo, precisamente,

la imposición a través de la fuerza de un modelo político, económico y social²⁷ que no podía dialogar adecuadamente con el discurso internacional de los derechos humanos.

Con ese trasfondo habría que evaluar esta relación. En primer lugar, habría que destacar que la relevancia del derecho internacional de los derechos humanos –para parafrasear las referencias de Waldron al *Ius Gentium*– descansa en que en él se encuentra una suerte de acervo común que otros Estados, y en ocasiones el mismo Estado del cual uno es nacional, acervo común (universal o regional), como decimos, que se ha construido con la intervención de varias voces y que ofrece respuestas legales compartidas a problemas legales comunes.²⁸ Las prácticas estatales compartidas buscan fijar estándares civilizatorios que deben ser institucionalmente desarrollados a través de fuentes formales de Derecho Internacional y con el concurso y voluntades de los sujetos de Derecho Internacional.

En este sentido, la pregunta que debe responderse es si frente del panorama sobre la práctica que ha acompañado la lectura del art. 5° inc. 2° del Texto Constitucional, es preciso abordar constitucionalmente la cuestión de la jerarquía. En principio, resolver las discusiones sobre la jerarquía, a nivel del Texto Constitucional positivo, evitaría las divergencias de posiciones dogmáticas y respuestas jurisprudenciales. Pero quizá esto no pasa por una sola regla, sino que por una mirada comprensiva de la arquitectura constitucional, que aborde no sólo la posición y relación de las fuentes formales internas respecto de las de Derecho Internacional, sino también el tipo y alcance de las competencias de los órganos estatales en relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sobre esto último, es necesario llamar la atención sobre el rol de jueces y juezas en el contexto democrático, en general. Esta es, por ejemplo, una discusión crucial para efectos de abordar la adecuada extensión e intensidad del denominado control de convencionalidad.²⁹ Por otro lado, se debe alertar sobre la necesidad de prestar mayor atención a las distribuciones de competencias establecidas a nivel constitucional, pues a partir de ellas es posible delinear con mayor cuidado las consecuencias que se siguen de la decisión sobre la jerarquía que los tratados tendrán.³⁰ Dicho de otro modo, abordar la cuestión de la jerarquía de los tratados internacionales, sin cotejar las distribuciones de competencias en la arquitectura constitucional, puede llevarnos a un estado similar al actual: uno de

²³ FIGUEROA (2007).

²⁴ SCHÖNSTEINER y COUSO (2015), pp. 345-346.

²⁵ CONTRERAS (2015b).

²⁶ ATRIA (2013); ATRIA, SALGADO Y WILENMANN (2017).

²⁷ MUÑOZ (2015).

²⁸ WALDRON (2012).

²⁹ CONTRERAS (2015b).

³⁰ FUENTES (2015).

grandes cambios declarativos frustrados por la escasa atención a la orgánica constitucional sobre la que se pretende levantar –falta de observancia que transforma esos cambios en injertos candidatos a ser rechazados por el cuerpo que los recibe.³¹ En materia de tratados y Derecho Internacional, lo más relevante es determinar el rol del Jefe de Estado, su control a través del Congreso Nacional y la injerencia de los jueces en la aplicación de las fuentes de Derecho Internacional en asuntos de relevancia jurídica del orden nacional. Nos parece, entonces, que esta es una discusión que no puede menospreciar la cuestión relativa a la legitimidad democrática del Derecho Internacional, en general, y respecto de las decisiones de tribunales internacionales, en particular.³²

No obstante, no se puede evitar entrar a la pregunta sobre la intensidad de la incorporación del Derecho Internacional: ¿cuánto o qué queremos dejar sujeto a expresiones democráticas nacionales genuinas? Por ejemplo, como ha sugerido Gargarella, ¿nos provee el Derecho Internacional de los derechos humanos de herramientas que nos permitan evaluar de diferente forma decisiones estatales adoptadas con diferente intensidad democrática? Si se atiende a la versión *fuerte* que la Corte IDH ha desarrollado con respecto al denominado control de convencionalidad, que esta alternativa de evaluación esté a disposición de los Estados es, por lo bajo, discutible.³³ La Corte IDH parece más bien interesada en mirar a los Estados –y, particularmente, aunque no exclusivamente, a sus tribunales– como instrumentos de internalización de los estándares desarrollados a nivel internacional. Se trata de una modalidad de internalización jerárquicamente configurada, de arriba hacia abajo (*top-down*), que prescinde, como digo, del influjo democrático con que los propios Estados pueden aportar a la configuración del derecho internacional.³⁴

En otras palabras, la judicialización de la internalización de los derechos humanos desplaza la decisión y el control que proveen las instituciones que facilitan el autogobierno democrático. En efecto, como adecuadamente ha señalado Ximena Fuentes, cuando la relación entre derecho internacional y derecho nacional se traba en una relación en que el segundo aparece como objeto de domesticación por el primero,³⁵ “el Estado pierde una potestad importante: la facultad de generar una controversia relativa al incumplimiento

de una norma internacional para promover una determinada interpretación o derechamente un cambio de la norma”.³⁶

Esto, unido a la idea antes esbozada relativa a la (escasa) posibilidad (que deja el Sistema Interamericano) para evaluar las diferentes intensidades democráticas de las decisiones estatales –sugerida por Gargarella, pero un lugar común (de los buenos) en materia de control constitucional de las decisiones estatales–³⁷ debería llevarnos a prestar especial atención a las reglas de distribución de competencias que establece el Texto Constitucional. Y esto, a su turno, a pensar en diferentes jerarquías (constitucional, legal o reglamentaria) dependiendo de la autoridad que intervenga y de las credenciales democráticas que se puedan ofrecer.³⁸

Nótese que esto no significa rechazar el Derecho Internacional de los derechos humanos, sino que, cosa distinta, adoptar una postura más reflexiva frente a su incorporación. Dicha reflexividad atiende, necesariamente, por democratizar nuestra evaluación sobre su necesidad.³⁹ De hecho, podría decirse, incluso, que este es un proceso que ocurre de modo más o menos desordenado –lo que en caso alguno ofrece razones para menospreciarlo–⁴⁰ por medio de lo que Seyla Benhabib denomina “iteraciones democráticas”. Según Benhabib, estas iteraciones son formas complejas de mediar entre la formación de opinión pública, de una parte, y la voluntad institucional del Estado, de otra. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en este sentido, ofrece un campo fértil de desarrollos para grupos cuya agencia política se encuentra menospreciada por su propia comunidad, y que, sin embargo, recurren a esos avances para provocar la apertura de esos espacios a nivel local⁴¹ –y también transnacional.⁴² Para estos grupos –piénsese, por caso, en los grupos LGTBIQ– lo relevante no es tanto el *pedigree* democrático de esas normas, sino su valor normativo que les permita avanzar en su reconocimiento. Es el hecho de que se trate de un sistema de valores que los haga ganar en autoridad y agencia políticas.⁴³ Como acertadamente lo ha anotado Benhabib, para que esas iteraciones

³¹ GARGARELLA (2015).

³² FUENTES (2015), pp. 185-9; BENHABIB (2006).

³³ CONTRERAS (2015b).

³⁴ GARGARELLA (2015).

³⁵ Donde el sentido de lo doméstico adquiere otra cara para designar al derecho de producción nacional.

³⁶ FUENTES (2015), p. 191.

³⁷ Por ejemplo, la objeción a la intromisión judicial en materia legislativa no posee la misma dificultad democrática que la intervención frente a actuaciones reglamentarias (WALDRON (2006), pp. 1353-1354).

³⁸ FUENTES (2015), pp. 177-179, GARGARELLA (2015).

³⁹ Se trata, no cabe duda, de un enfoque que concibe a los derechos humanos más en su dimensión moral que (exclusivamente) legal (Sen: 2004).

⁴⁰ URBINATI (2014).

⁴¹ BENHABIB (2006), pp. 49-50.

⁴² DRYZEK (2002), pp. 115-139.

⁴³ BENHABIB (2006), p. 49.

sean posibles –y, en verdad, para que sean democráticas– es preciso que permitan la apropiación, por vía de la repetición y la variación, de normas o estándares que no poseen un solo significado.⁴⁴ Además, constituyen una forma de (inter)mediación entre el orden nacional –en confluencia de instituciones democráticas y jurisdiccionales– y el orden internacional. La producción de un orden regional o global, así entendido, no se restringe a una visión *top-down* donde una Corte internacional fija estándares únicos e incontestables, que no puede ser sometido a la deliberación democrática, al ser jurisdiccionalmente internalizados por los tribunales nacionales. De ser así, la única alternativa que quedaría sería la del trasplante desde el derecho internacional. En contra de ello, lo que Benhabib propone es entender esas normas abiertas a un proceso *jurisgenerativo* donde las diferentes lecturas populares de su comprensión son acompañadas por diferentes mecanismos –la protesta a las campañas políticas.⁴⁵

Por lo tanto, a propósito del eventual escenario de una Nueva Constitución, es si podemos ofrecer alternativas institucionales que hagan posible esas iteraciones a que se refiere Benhabib. Entre nosotros, Contesse ha ofrecido una versión en esta línea, enfocado en el funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Afirma que la Corte IDH antes de abrazar un enfoque del “todo o nada” –esto es, un enfoque que reclama sumisión de los Estados con respecto a sus desarrollos–, debiera abrirse como un campo fértil para el diálogo entre las cortes domésticas y el Sistema Interamericano.⁴⁶ Se trataría, esta última alternativa, de una suerte de “diálogo interjurisdiccional”, que, además, ofrece espacios para la concurrencia de otras autoridades (lo que permite aplacar la versión internacional de la objeción contramayoritaria), así como para la aparición de ciudadanos y ciudadanas (lo que le permite evitar un elitismo intrainstitucional).⁴⁷ Es por ello que, en el Derecho Comparado, estarían perdiendo terreno las tesis que buscan resolver las jerarquías normativas por las formas de articular diálogos y de institucionalmente mediar las iteraciones, que permite la producción de regímenes regionales y globales que sean legítimos y sensibles a la deliberación democrática.⁴⁸

Queda la pregunta por otras fuentes, como la costumbre internacional. Ésta también puede abordarse escrutando las credenciales

⁴⁴ BENHABIB (2006), pp. 47-9.

⁴⁵ Sobre el potencial *jurisgenerativo* de los movimientos sociales, véase COVER (1983).

⁴⁶ CONTESSE (2017).

⁴⁷ ÁNGEL Y LOVERA (2015), pp. 100-103.

⁴⁸ En este punto, véanse, entre otros, SWEET (2009), BARBER (2006), POIARES MADURO (2012).

deliberativas de su creación, tal como se desprende de las ideas de Fuentes. La costumbre internacional se configura sobre la base de la intervención de los Estados, pero también sin una participación activa de éstos. Chile, como lo explica bien Fuentes, puede tener diversos roles, entonces, en la configuración de esa costumbre: “Es por este motivo que algunos Estados –escribe Fuentes– manifiestan un escepticismo mayor en relación con la incorporación de las costumbres internacionales en el derecho doméstico. Una cosa es estar obligado por costumbres en las que el Estado no ha participado y otra cosa es convertir esas costumbres en normas del derecho nacional”.⁴⁹

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, GONZALO (2013), “El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado”, *Revista Direito GV*, Vol. 9, N° 2, pp. 721-754.
- ALDUNATE, EDUARDO (2010), “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 16, N° 2, pp. 185-210.
- ÁNDRADE GEYWITZ, CARLOS (2002), *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- ÁNGEL, NATALIA y LOVERA, DOMINGO (2015) *Latin american social constitutionalism: courts and popular participation*. En Alviar, Helena et al. (eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice. Critical Inquiries*. Londres – Nueva York: Routledge, pp. 85-104.
- ATRIA, FERNANDO (2013), *La Constitución Tramposa* (Santiago, LOM ediciones, primera edición).
- ATRIA, FERNANDO; SALGADO, CONSTANZA & WILENMANN, JAVIER (2017), *Democracia y Neutralización. Origen, Desarrollo y Solución de la Crisis Constitucional* (Santiago, LOM, ediciones).
- BARBER, N. (2006), *Legal Pluralism and the European Union*, *European Law Journal*, Vol. 12, N° 3, pp. 306-229.
- BENHABIB, SEYLA (2006), *Another Cosmopolitanism* (Nueva York, Oxford University Press).
- CANDIA, GONZALO (2015), “Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una Reflexión a la Luz de la Noción de Estado de Derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N° 3, pp. 873-902.
- CONTESSE, JORGE (2017), “The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, N° 2.
- CONTRERAS, PABLO (2011), “¿Derechos Implícitos? Notas sobre la Identificación de Normas de Derecho Fundamental”, en NÚÑEZ, JOSÉ IGNACIO (coord.), *Nue-*

⁴⁹ FUENTES (2015), p. 190.

- vas *Perspectivas en Derecho Público* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia), pp. 149-185.
- CONTRERAS, PABLO (2015), *Análisis Crítico del Control de Convencionalidad*, en NÚÑEZ POBLETE, MANUEL ANTONIO (ed.), *La Internacionalización del Derecho Público* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 425-469.
- CONTRERAS, PABLO (2015b), *Control de convencionalidad y Nueva Constitución: hacia una lectura competencial del control de convencionalidad*. En CHIA, EDUARDO y QUEZADA, FLAVIO (eds.), *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*. (Santiago, FES, Instituto Igualdad, Universidad de Chile), pp. 155-169.
- COVER, ROBERT (1983), *Foreword: Nomos and Narrative*. *Harvard Law Review*, Vol. 97 N° 4, pp. 4-68.
- CUMPLIDO, FRANCISCO (1996), "Alcances de la Modificación del artículo 5 de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N° 2 y 3, pp. 255-258.
- DRYZEK, JOHN (2002), *Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, Contestations* (New York, Oxford, 1ª ed.).
- FIGUEROA, RODOLFO (2007). "Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto," *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XX N° 2, pp. 95-130.
- FUENTES, XIMENA (2015), *Una Nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno*. En CHIA, EDUARDO y QUEZADA, FLAVIO (eds.), *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*. (Santiago, FES, Instituto Igualdad, Universidad de Chile), pp. 171-193.
- GARGARELLA, ROBERTO (2014). *La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (Buenos Aires, Katz Editores).
- GARGARELLA (2015), "The constitutionalization of International law in Latin America. Democracy and Rights in *Gelman v. Uruguay*". *AJIL Unbound*, Vol. 109, pp. 115-119.
- HENRÍQUEZ, MIRIAM (2014), "La Polisemia del Control de Convencionalidad Interno", en *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.*, N° 24, pp. 113-141.
- MUÑOZ, FERNANDO (2015), *Hegemonía y Nueva Constitución. Dominación, Subalternidad y Proceso Constituyente* (Valdivia, Ediciones UACH).
- NASH ROJAS, CLAUDIO (2012), *El Control de Convencionalidad. Precisiones Conceptuales y Desafíos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en NOGUEIRA, HUMBERTO (coord.), *El Diálogo Transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos* (Santiago, Librotecnia), pp. 489-509.
- NOGUEIRA, HUMBERTO (1997), "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídicos chileno", *Revista Ius et Praxis*, Vol. 2, N° 2, pp. 9-43.
- NOGUEIRA, HUMBERTO (2006), *Lineamientos de Interpretación Constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos* (Santiago, Editorial Librotecnia).
- NOGUEIRA, HUMBERTO (2007), "Los Derechos Contenidos en Tratados de Derechos Humanos como Parte del Parámetro de Control de Constitucionalidad: La Sentencia Rol N° 786-2007 del Tribunal Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 5, N° 2, pp. 457-466.
- NOGUEIRA, HUMBERTO (2012) "Diálogo Interjurisdiccional, Control de Convencionalidad y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Período 2006-2011", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 10, N° 2, pp. 57-140.
- NÚÑEZ, MANUEL (2009), "La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional: Práctica y principios metodológicos". *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), N° 32, p. 487.
- SCHÖNSTEINER, JUDITH (2016), "El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: el mínimo común denominador", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 29, N° 1, pp. 197-226.
- SCHÖNSTEINER, JUDITH y COUSO, JAVIER (2015), "La implementación de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Chile: ensayo de un balance", *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), Vol. 22, N° 2, pp. 315-355.
- PFEFFER, EMILIO (2003), "Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno", *Revista Ius et Praxis*, Vol. 9 N° 1, pp. 467-484.
- POIARES MADURO, M. (2012): *Three Claims of Constitutional Pluralism*, en Avbelj, M. & Komárek, J. (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond* (Oxford Hart Publishing).
- RÍOS, LAUTARO (1997), "Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos", *Revista de Derecho* (Concepción) N° 202, Año LXV, pp. 135-142.
- RÍOS, LAUTARO y MANUEL NÚÑEZ (1998), "Chile, una Constitución insular", *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, pp. 229-236.
- SEN, AMARTYA (2004), "Elements of a Theory of Human Rights". *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 32 N° 4, pp. 315-356.
- SWEET, A. (2009), *Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes*, en *Indiana Journal of Global Studies*, Vol. 16, pp. 621-645.
- URBINATI, NADIA (2014), *Democracy disfigured. Opinion, truth, and the people*. (Cambridge, Londres: Harvard University Press).
- VON BOGDANDY, ARMIN, MORALES ANTONIAZZI, MARIELA, & FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO (2013), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina* (México, Editorial Porrúa).
- VON BOGDANDY, ARMIN (2013), "Ius Constitutional e Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformado", en *Revista de Derecho del Estado*, N° 34, pp. 3-50.
- WALDRON, JEREMY (2006), *The core of the case against judicial review*. *The Yale Law Journal* Vol. 115 N° 6, pp. 1346-1486.
- WALDRON, JEREMY, (2012), *Partly Laws Common to all Mankind* (New Haven, Yale University Press).