

Minuta Subcomisión de principios, derechos civiles y políticos del proceso constitucional

Soledad Bertelsen
Profesora de Derecho Constitucional y Derechos Humanos
Universidad de los Andes

Uso de Convención Americana sobre Derechos Humanos como base para la redacción del proyecto

1. Una de las 12 bases del art. 154 de la Constitución vigente es que la soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes.

Como la presente subcomisión tiene a su cargo una mayor multiplicidad de temas que el resto de las subcomisiones, una sugerencia para avanzar en un trabajo consensuado en poco tiempo es usar como base para la redacción de la lista de derechos fundamentales la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH” o “la Convención Americana”), ya que todos los derechos que están en la CADH deben estar en la Constitución. También se podría sugerir el uso del Protocolo de San Salvador, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales a la respectiva subcomisión.

Es cierto que existen múltiples tratados de derechos humanos, pero tener todos a la vista al mismo tiempo desde el comienzo de la discusión es imposible. La CADH tiene ventajas en este sentido. Por un lado, es un tratado que cubre una lista amplia de derechos, en comparación a tratados que protegen ciertos derechos en particular. Por otro lado, la CADH protege derechos de todos los seres humanos, sin centrarse en grupos específicos. Esto no impide que luego se complemente la lista de derechos con otros tratados internacionales, pero sirve para tener un punto de partida que permita destrabar la redacción.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

2. Esto también nos conecta con la discusión sobre uno de los principios, como es la **incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el proyecto de Constitución y la jerarquía de los tratados de derechos humanos**.
 - a. Hasta ahora el Tribunal Constitucional chileno ha reconocido que los tratados de derechos humanos tienen rango infra-constitucional. Algunos señalan que ello llevaría a una desprotección de la persona, ya que si un derecho reconocido en la constitución es menos

garantista que un derecho humano definido internacionalmente, la persona vería su derecho restringido.

Sin embargo, me parece que esta afirmación desconoce el carácter abierto de los términos usados en los tratados de derechos humanos. Estas suelen ser normas de carácter amplio, cuya implementación requiere de interpretación judicial y muchas veces de concretización por parte del legislador. Es difícil identificar normas de tratados que estén en contradicción con las normas constitucionales.

Estimo que cuando se afirma que los derechos fundamentales son menos garantistas que los derechos humanos es porque se confunde el valor vinculante del tratado de derechos humanos con el carácter no vinculante de los informes o recomendaciones de los órganos internacionales que supervisan el cumplimiento de los tratados, los que suelen agregar exigencias más detalladas. Sin embargo, solo pueden ser vinculantes las sentencias dictadas *contra Chile* por un tribunal respecto del cual Chile ha aceptado su jurisdicción, como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El resto de los documentos emanados de esta misma Corte o de otro organismo internacional no pueden ser vinculantes porque los tratados no les han dado dicho carácter y porque los Estados no han dado su consentimiento respecto de dichos informes. Estos otros documentos tampoco forman costumbre internacional, ya que para ello es necesaria una práctica constante y uniforme de los estados y la *opinio iuris*, es decir, la convicción de estar cumpliendo con una norma imperativa. En resumen, **no parece que haya realmente una desprotección al comparar las normas de derechos fundamentales con las normas de los tratados internacionales.**

- b. Tampoco estimo recomendable darle en la Constitución carácter vinculante a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en juicios contra otros países.
 - Primero, porque la Corte Interamericana resuelve violaciones específicas de derechos humanos, por lo que no está diseñada para dictar normas de carácter general.
 - Segundo, porque la implementación en detalle de los derechos humanos corresponde a las personas que estarán afectada por esa interpretación, tomando en cuenta la historia, cultura y sociedad de nuestro país. En otras palabras, los órganos democráticos juegan un rol en esa determinación. No se puede aceptar que un tribunal contramayoritario formado por jueces extranjeros no elegidos democráticamente defina por sí mismo temas en que es necesario una mayor participación.
 - Si esto es válido respecto de sentencias de la Corte Interamericana, con mayor razón lo es de informes de comités de órganos supervisores de tratados que no son tribunales.
- c. Por todo lo anterior, estimo que conviene **mantener la norma del artículo 5 de la Constitución vigente**, reconociendo que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Esta postura, además, concuerda con la de países europeos como Alemania, donde el Tribunal Constitucional alemán ha sostenido que es competente para controlar que el derecho de la Unión Europea se ajuste a la Constitución alemana.

Estimo que reconocer que en el área de los derechos estamos frente a un pluralismo de normas en que lo internacional debe verse como complementario a lo nacional. No parece conveniente que organizaciones distantes al país tanto en su ubicación, pensamiento e historia, tengan la última palabra en la interpretación sin un espacio para los órganos nacionales en una materia, reitero, en que las normas suelen ser de gran apertura requiriendo necesariamente de un proceso de interpretación.

- d. Si se llega a reconocer a los **tratados de derechos humanos un rango constitucional expreso** hay que tener en cuenta que tampoco resuelve el problema de qué norma debe prevalecer en caso de contradicción, ya que la regla de “regla posterior deroga la anterior” no parece ser adecuada en este contexto.

Si se establece que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional debería agregarse la exigencia de que estos sean aprobados por el mismo mecanismo de aprobación de una reforma constitucional y no, simplemente, por los quórums y procedimientos para aprobar una ley simple. En cambio, si no se les da tal jerarquía, podrían seguir siendo aprobados por los quórums propios de una ley.

También podría agregarse que, al momento de aprobar un tratado, el Congreso determinará cuáles de sus normas son autoejecutables y que se deje constancia de esta determinación en el decreto promulgatorio del tratado. Por ende, lo que se decida en esta subcomisión de derechos respecto de la materia debe armonizarse con lo que se apruebe en la comisión de sistema político.

Además, si se entrega expresamente rango constitucional a los tratados de derechos humanos, convendría agregar una cláusula expresa que diga que los instrumentos internacionales no vinculantes solo se podrán utilizar para interpretar el derecho vigente siempre y cuando no contradigan la legislación nacional o internacional, y no creen derecho en materias que el legislador no ha regulado. De esta manera se evita la confusión entre el rango de los tratados y el de los documentos de *soft law*.

Al reconocerles jerarquía constitucional a los tratados, podría regularse que los tribunales nacionales pueden ejercer el control de convencionalidad de las normas, entendiendo por este al interpretación de los preceptos nacionales en conformidad con los tratados vigentes en Chile, y de no serlo, dejar sin efecto las normas de rango inferior a los tratados. La Corte Constitucional podría dejar sin efecto leyes y actos de potestad reglamentaria, mientras que los tribunales de justicia podrían dejar sin efecto solo las normas de rango administrativo.

Dignidad humana

3. De forma más breve me referiré a otros principios que pueden ser relevantes para el trabajo de esta subcomisión.

Sería recomendable reconocer en el texto constitucional que los derechos se fundan en la **dignidad intrínseca o inherente al ser humano**, como lo hace la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esto reafirma la idea de que los derechos humanos corresponden a todos los seres humanos por el hecho de pertenecer a la especie humana, sin ningún requisito accesorio como la edad, la capacidad,

autonomía, sexo, nacionalidad, etc. En esta misma línea, estimo que es recomendable evitar el reconocimiento de derechos a grupos específicos, que aunque buscan subsanar desigualdades, siempre corren el peligro de dejar fuera a quienes hoy pueden estar invisibilizados. Lo más inclusivo es no subdividir a los seres humanos.

Por otro lado, también podrían reconocerse, como lo hacen la Constitución alemana y portuguesa, que las **personas colectivas gozarán de los derechos fundamentales** que, de acuerdo a la naturaleza del derecho en cuestión, les sean aplicables. Esta cláusula de titularidad sería una buena forma de armonizar el principio de un estado social y democrático de derecho, de la base número 5, con el reconocimiento de la sociedad civil. Además, reconoce la naturaleza social del ser humano, alejándose de una visión individualista de la persona.

Normas propuestas

Artículo xxxx.

Los derechos fundamentales se fundan en la dignidad intrínseca de todo ser humano.

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 por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Los tribunales nacionales ejercerán el control de constitucionalidad de las normas. Éste

Los tribunales nacionales podrán usar instrumentos internacionales no vinculantes para interpretar el Derecho vigente, siempre y cuando no contradigan la legislación nacional o internacional, y no creen Derecho en materias que el legislador no ha regulado.

Artículo xxxx

Los derechos fundamentales se extienden a las personas colectivas, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquellos les sean aplicables.

Santiago, 20 de marzo de 2023