

¿Cuál es el objetivo de incluir cláusulas de apertura al Derecho Internacional de Derechos Humanos en nuestra legislación?

El fundamento estratégico de la referencia a los tratados internacionales en el proyecto de ley de acciones constitucionales de amparo o habeas corpus y de protección (Boletín 2809-07, primer trámite constitucional, moción, sin urgencia)

RESUMEN: Esta minuta busca exponer las razones políticas que subyacen a la inclusión del artículo 80 del proyecto, así como también las referencias a los tratados internacionales en los artículos 1 y 79 del mismo.

El art. 80 establece un procedimiento de ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos (CrIDH), dándole a las mismas, en consecuencia, el carácter de autoejecutables. Esta es la vía que ciertos autores que sostienen ideas progresistas (i.e. igualitarismo distributivo, autonomía radical, fomento de la democracia más allá de su vertiente mínima y asegurar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales) proponen para alcanzar más rápidamente sus objetivos.

- El **control de convencionalidad** y el **ICCAL** (*Ius Constitucional Común en América Latina*) como un *constitucionalismo transformador* corresponden a doctrinas jurídicas que han sido desarrolladas como parte de una **estrategia política** de sus cultores, a fin de lograr la implementación de su modelo preferido de sociedad en los países de la región, basada en su concepto excluyente sobre el contenido y alcance de los DDHH. Se trata, por ende, de un programa político que pretende hacer uso de los tribunales de justicia constitucional y de DDHH para lograr la implementación de su visión, sin necesidad de someterla a los poderes legislativos de sus respectivos Estados.
- El proyecto **ICCAL** busca avanzar hacia una Constitución (o Derecho Constitucional común) de toda la región, **unificando la concepción de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales** en cuanto a su contenido y alcance, sin reparar en las particularidades constitucionales, políticas y sociales de los Estados. Para ello, persigue un doble objetivo: 1) que las Cortes constitucionales de la región sigan la jurisprudencia de la CrIDH como fuente directa para resolver; y 2) que la determinación del contenido de los derechos sea removida de las legislaturas, al menos en cuanto ellas no avanzan en el sentido progresista preferido por sus autores intelectuales. Ellos consideran que los tribunales constitucionales de la región pueden valerse de las “cláusulas de apertura al Derecho Internacional de los DDHH” y las “cláusulas de integración regional” en las constituciones y legislación, para establecer un sistema de operación en red, en que las sentencias de la Corte Constitucional de un país tengan impacto directo en las de otros, para así avanzar en la unificación.

Se ha propuesto que “el ICCAL ha de entenderse como una estrategia de resiliencia”¹ para asegurar un mínimo en materia de derechos humanos, construidos en red, desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para dejarlos fuera de la política nacional. Por esto, los académicos a que hacemos referencia consideran que debemos comprometernos con el control de convencionalidad de forma cada vez más fuerte². Lo que une a todos los partícipes del proyecto del **constitucionalismo transformador** es “un compromiso con ciertos ideales participativos, igualitarios y democráticos”³. Es la agenda de constitucionalistas progresistas comprometidos con tres objetivos: **autonomía** personal robusta, **compromiso igualitario** (igualdad en la distribución de recursos), y una concepción robusta de la democracia en su vertiente deliberativa, no mínima⁴.

Dentro del grupo de autores que son parte de este proyecto colectivo se encuentran **Eduardo Ferrer McGregor**, actual presidente de la Corte Interamericana, y **Flavia Piovesan**, comisionada y relatora especial de la Comisión

¹ Patricia Perrone Campos Mello, *El rol del Poder Judicial en el Constitucionalismo Transformador Latinoamericano y Construcción del Ius Commune, ICON-S Conference, Public Law in times of change?* (sede en Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), panel N°33. Patricia Perrone Campos es una profesora de brasileña de derecho constitucional.

² Cfr. *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ Roberto Niembro, *El rol del Poder Judicial en el Constitucionalismo Transformador Latinoamericano y Construcción del Ius Commune, ICON-S Conference, Public Law in times of change?* (sede en Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), panel N°33. Niembro es profesor de Derecho Constitucional de la Universidad

Interamericana. En otras palabras, no es tan sólo el proyecto de un grupo desconocido de autores, sino que **involucra directamente a quienes son hoy operadores del sistema**. Los académicos que sostienen estas teorías **admiten que su agenda es definitivamente una de orden político y no neutral**, la cual argumenta contextualmente a favor de sus preferencias sustantivas. Por la misma razón se reconoce que la doctrina del control de convencionalidad es contingente, que sólo la sostendrán mientras los miembros de los organismos y tribunales internacionales en cuestión sean afines a sus ideas⁵. En consecuencia, indican que es necesario tener una “estrategia política”⁶ para formar profesionales expertos en derechos humanos que sean “de ideas progresistas”⁷.

Los autores se lamentan en general de que **Chile se mantiene al margen** del proceso en atención a que su Constitución y legislación es de menor apertura al derecho internacional de derechos humanos, **lo cual el presente proyecto viene a modificar en un sentido favorable al proyecto del ICCAL**.

- Como posibles **consecuencias** de que se avance en este sentido, se puede vaticinar una fuerte presión en el **gasto fiscal debido a las prestaciones de los derechos económicos, sociales y culturales** e importaría una **pérdida de soberanía** para nuestros poderes del Estado: para el Legislativo, porque las decisiones políticas se tomarían desde la CrIDH o bien desde los Tribunales Constitucionales bajo control de sus promotores; para el Ejecutivo, porque se nos obligaría a enfocar el uso de los recursos en determinadas prestaciones decididas por la CrIDH; y para el Judicial por el control de convencionalidad, que les señalaría expresamente de qué forma fallar (incluso en contra del ordenamiento jurídico chileno).
- Es necesario también destacar que se ha visto a la CrIDH excederse en sus competencias, es decir, las potestades que los mismos Estados le han otorgado, obrando a menudo con vicios de *extra petita* y *ultra petita*⁸. Si bien la Corte puede dictar medidas de indemnización, reparación y rehabilitación, **no puede intervenir en la dictación de leyes o dejar sin efectos sentencias firmes y ejecutoriadas dictadas por los poderes internos de un país**. Únicamente se la faculta para emitir recomendaciones a los países miembros que hayan ratificado la Convención. El problema es que la Corte no está respetando su propio estatuto, indicando que se **dejen sin efecto sentencias judiciales, se modifiquen legislaciones y se adopten medidas administrativas** que sean necesarias para asegurar un determinado derecho (según el contenido que la Corte asigne para tales derechos).
- **CONCLUSIÓN:** El intento de incluir la referencia a los tratados internacionales (en este y en otros proyectos de ley) no constituye el cumplimiento de una obligación jurídica para el Estado chileno, sino un elemento más dentro de una estrategia política, revestida de lenguaje jurídico, para conseguir objetivos con un compromiso ideológico progresista (alguien puede tener argumentos para sostener tales ideas, pero no puede negar que la teoría del control de convencionalidad es sólo una preferencia que se toma en función de ciertas ideas políticas). Aprobar los artículos que permiten que las sentencias de la CrIDH sean autoejecutables sería una fuente de problemas internos, especialmente para los casos en que la CrIDH se exceda en las competencias que los mismos Estados le han otorgado. Por tanto, dado que estimamos inconveniente ceder soberanía de esta manera y que los DESC y ambientales son esencialmente programáticos, consideramos que se debe **votar en contra de los artículos 1, 79 y 80** del proyecto.

⁵ Cfr. Sabrina Ragone y Armin von Bogdandy, *What do we mean by ‘Transformative Constitutionalism’ in Latin America?*, ICON-S Conference, Public Law in times of change? (sede en Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), panel N° 190. Sabrina Ragone es profesora de derecho constitucional de la Università di Bologna y Armin von Bogdandy es profesor director del Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht y de derecho público en la Universität Frankfurt am Main.

⁶ Cecilia Medina, “*What do we mean by ‘Transformative Constitutionalism’ in Latin America?*”, ICON-S Conference, Public Law in times of change? (sede en Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), panel N° 190. La profesora Medina es académica de la Universidad de Chile y fue jueza de la Corte Interamericana de derechos humanos.

⁷ *Ibíd.*

⁸ Cfr. Jorge Contesse, *Inter-american Human Rights*, ICON-S Conference, Public Law in times of change? (sede en Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), panel N° 69. Contesse identifica como el caso más reciente la opinión consultiva 24 de 2017, en la que la Corte afirmó y conminó a todos los Estados de la región a instaurar el matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁹ Cecilia Medina, “*What do we mean by ‘Transformative Constitutionalism’ in Latin America?*”, ICON-S Conference, Public Law in times of change? (sede en Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile), panel N° 69.