

Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos

Sergio Verdugo R.

Máster en Derecho
Universidad de California, Berkeley
Magíster en Derecho Público
Pontificia Universidad Católica
Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas
Universidad del Desarrollo
Profesor de Derecho Constitucional e investigador
Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

José Francisco García G.¹

Doctor y Máster en Derecho, Universidad de Chicago
Magíster en Derecho Público y Licenciado en Ciencias Jurídicas
Pontificia Universidad Católica
Abogado coordinador de Políticas Públicas de Libertad y Desarrollo
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad del Desarrollo
Pontificia Universidad Católica

Resumen: Se realiza un análisis crítico al sistema interamericano de DD.HH. Se examina el diseño institucional y los equilibrios políticos existentes al interior de las instituciones más importantes de dicho sistema: la Comisión y la Corte Interamericanas. Se aporta evidencia acerca del funcionamiento de dichas instituciones y se constatan bajos niveles de *accountability* y de independencia de los jueces.

Introducción

Revisaremos el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (DD.HH.) desde una perspectiva crítica. Tomando en consideración aspectos

¹ Agradecemos la colaboración del ayudante de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Nicolás Galli B.

como el *accountability*² y la independencia de los jueces, examinaremos si el diseño y la integración de los actores más relevantes del sistema interamericano (basado fundamentalmente en las actuaciones de la Comisión y de la Corte Interamericana de DD.HH. –“CortelDH”) son convenientes para nuestra comunidad política democrática.

Nuestro trabajo no debe ser entendido como una propuesta para desvincular a Chile del sistema interamericano. Creemos que el respeto por los compromisos internacionales es importante dado el contexto global actual. Por el contrario, el diagnóstico crítico al sistema interamericano que presentamos en este trabajo tiene como objetivo central impulsar propuestas que revisen el diseño del régimen judicial interamericano; la manera en que la CortelDH actúa en relación a los Estados; y la forma en que nuestros tribunales domésticos tratan dicha jurisprudencia.

Para lo anterior, formularemos una objeción democrática a la manera de proteger los DD.HH. que los partidarios de la preeminencia de la jurisprudencia internacional proponen. Dicha doctrina simpatiza con la idea de que los jueces controlen la convencionalidad de la ley interna, declarando la ineficacia (a lo menos temporal) de la misma cuando exista un conflicto con un tratado internacional. Tratándose del régimen interamericano de DD.HH., y ante las diferentes posibilidades interpretativas (o lecturas morales) que los tratados de derechos humanos entregan, dicha doctrina se muestra partidaria de vincular a los jueces domésticos mediante la jurisprudencia de la CortelDH. Son, entonces, los jueces internacionales los que finalmente determinarían el sentido de un conflicto de derechos y los alcances y límites de los mismos. Con ello han sostenido que los DD.HH. contenidos en tratados y reconocidos por la jurisprudencia interamericana deben complementar el control constitucional de la ley y servir como parámetro para revisar su legitimidad jurídica, inclusive de la ley de reforma constitucional.

Todo lo anterior merece reparos democráticos si se consideran el diseño y el contexto actual del sistema interamericano de protección de los DD.HH. Esta materia, como se verá, ha sido muy discutida a propósito de la revisión constitucional de las leyes por parte de órganos jurisdiccionales domésticos, pero dicha crítica aún no ha sido enunciada entre nosotros respecto del ámbito interame-

² La palabra *accountability*, proviene del latín *accomptare*, que significa a cuenta y, de *computare*, que es calcular, y a su vez deriva de *putare*, que quiere decir que contar. Actualmente es un concepto ético que nace en la cultura anglosajona. El concepto aparece en los años 60 en Estados Unidos y en los 70 llega a Europa, pero ha sido más desarrollado por la cultura inglesa durante los últimos años. El término no tiene traducción al castellano debido a que es un concepto que aún se encuentra en construcción y que está asociado a la responsabilidad, la transparencia, la rendición de cuentas y al control. Surge por la necesidad de transparentar acciones y decisiones tanto en lo público como en lo privado. Se trata de que las personas o un grupo de ellas sujetas a escrutinio, rindan cuentas por su accionar. BURGIS y ZADEK (2006)

ricano. Argumentaremos que hay mejores razones para validar la procedencia de la objeción democrática en el sistema interamericano que en el sistema constitucional local. Sin perjuicio de que hay casos en que la jurisprudencia internacional puede cumplir un rol relevante en el fortalecimiento de los sistemas democráticos (piénsese en la situación política de Ecuador o de Venezuela en la actualidad, por ejemplo), nuestra crítica se centrará en el contexto chileno. En otras palabras, en una democracia relativamente saludable donde la estabilidad política es superior al promedio latinoamericano y la alternancia en el poder es una posibilidad real (sin perjuicio, por supuesto, de los problemas actuales de competitividad, que escapan los objetivos de este trabajo).

En este contexto, donde la oposición tiene fuertes herramientas de control sobre el Gobierno, donde el Tribunal Constitucional (el "TC") y la Corte Suprema tienen una integración plural y diversa que responde con cierta congruencia a los equilibrios políticos nacionales, varias preguntas surgen: ¿Se justifica que un grupo de jueces internacionales que no le rinden cuenta a nuestra comunidad política ni forman parte del diálogo constitucional doméstico decidan con efectos directos materias fundamentales para la sociedad chilena?³ ¿Deben los jueces locales seguir la interpretación de actores internacionales cuando dicha hermenéutica se aparta de los códigos políticos y sociales de nuestra sociedad?

No se trata acá de cuestionar el que Chile, y otros Estados, busquen retrotraer los compromisos internacionales que han asumido en la materia; sino de dar a conocer el funcionamiento de la Comisión y la CortelDH; la composición de sus miembros; las potestades con que cuentan, incluidas la sancionatoria; la politización de las mismas; etc. Con ello, buscamos entregar algunas luces respecto de que se debe ser más bien escéptico respecto del rol jurídico que juega en la protección de los DD.HH. a escala regional; y preguntarnos –al mirar su composición, agenda, etc.– si no se trata más bien de una institución que ha sido capturada por la izquierda latinoamericana. Lo anterior, en un contexto en que su par europeo juega un rol completamente distinto y que valdría la pena evaluar como modelo alternativo.

En primer lugar (I), examinaremos el debate chileno actual, constatando que existe un movimiento internacionalista que promueve fuertemente el uso de la jurisprudencia interamericana como fuente jurídica interna y superior, y que una respuesta a dicho movimiento no ha sido suficientemente profundizada.

En segundo término (II), describiremos brevemente el diseño del sistema interamericano de DD.HH., constatando algunos aspectos relevantes del contexto

³ Véanse los casos en que Chile ha sido condenado por sentencias de la CortelDH: 1) caso *Olmedo Bustos y otros v. Chile*, 2001, Serie C N°73; 2) caso *Palamara Iribarne v. Chile*, 2005, Serie C N°135; 3) caso *Claude Reyes y otros v. Chile*, 2006, Serie C N°151; 4) caso *Almonacid Reyes y otros v. Chile*, 2006, Serie C N° 154.

actual y algunas falencias que el diseño arroja en materia de independencia judicial y debido proceso. En esta misma sección, compararemos los equilibrios políticos que el sistema interamericano produce dentro de la Asamblea con los equilibrios existentes a nivel nacional.

En seguida (III), constataremos el perfil de los miembros del sistema interamericano de DD.HH., considerando el origen de los actuales jueces de la CortelDH. Daremos cuenta, además, del perfil que poseían los ex jueces y miembros del sistema jurisdiccional interamericano y revisaremos qué tipo de trabajos asumieron una vez que dejaron sus funciones.

Luego (IV), haremos un breve examen de las materias que resuelve el sistema interamericano de DD.HH., persiguiendo constatar si los datos obtenidos en las secciones anteriores coinciden con algún tipo de agenda.

Posteriormente (V), mostraremos algunas de las principales falencias democráticas de esta institucionalidad: la ausencia de una doctrina de la deferencia como la practicada por su par europeo; ausencia de mecanismos de accountability o rendición de cuentas; y la pertenencia de la institucionalidad de DD.HH. con las comunidades que pretende regir. Revisaremos brevemente las razones que sostienen la objeción democrática al control normativo basado en los DD.HH., e intentaremos aplicarlas al sistema interamericano. Demostraremos que dichas razones operan con más fuerza en el contexto interamericano, por lo que la objeción democrática se fortalece en este ámbito.

Finalmente (VI), sintetizaremos las conclusiones centrales de este trabajo.

I. El debate chileno actual

En Chile no se ha profundizado mayormente acerca del problema democrático del sistema interamericano de derechos humanos. Existe una literatura crítica de la doctrina que pretende darle un rango especial al derecho internacional⁴ y muchos defensores de este último que excluyen a los tratados internacionales del ámbito del control de constitucionalidad⁵. Salvo excepciones, en general dicha literatura utiliza una argumentación jurídico-positiva normalmente textua-

⁴ Entre otros, SAENGER (1993); BERTELSEN (1996); RÍOS (1997); PFEFFER (1997); RODRÍGUEZ (2000); BRUNA (2000); MOHOR y VARAS (2000); SILVA BASCUÑÁN (2002); CRUZ-COKE (2002); MONSÁLVEZ (2002); FERMANDOIS (2003). Después de la reforma constitucional de 2005, véase RIBERA (2007); VERDUGO (2010) y NÚÑEZ (2010).

⁵ Por ejemplo, TRONCOSO y VIAL (1993); NOGUEIRA (1993); PRECHT (1996); CEA (1999); ARAB (2000); TRONCOSO (2000); GAMBOA (2000); FERNÁNDEZ (2003). Después de la reforma constitucional del 2005, véase CAMPUSANO (2006); PEÑA (2006) (2008); AGUILAR (2007); CRUZ (2009); HENRÍQUEZ (2007) (2008) (2009).

lista, que elude referirse al problema democrático⁶ y, en su mayoría, justifica sus dichos en la relación existente entre la norma constitucional y los DD.HH.

Quien ha profundizado más la idea de que los jueces chilenos debieran seguir la jurisprudencia interamericana es Humberto Nogueira⁷. Este autor es uno de los grandes impulsores de la tesis del “bloque de constitucionalidad”, de la cual se deriva como consecuencia que los jueces domésticos (incluyendo al TC) deben utilizar el derecho convencional internacional de los DD.HH. como parámetro de control de constitucionalidad y como canon obligatorio para el control de convencionalidad de la ley interna (frente a tensiones entre el ordenamiento legal interno y el internacional). Como el principal intérprete (aunque no el único) del derecho convencional interamericano es la CortelDH⁸, podría pensarse que los jueces debieran interpretar los tratados internacionales de la manera que dicha Corte lo hace. Después de todo, si los jueces se apartan de los criterios expuestos por la CortelDH, el Estado de Chile podría incurrir en responsabilidad internacional. Esta tesis ha sido acogida de manera evidente por la propia CortelDH, la que defiende sus propias potestades a través de sus actuaciones⁹, pero no ha tenido el mismo nivel de aceptación en nuestra jurisprudencia constitucional doméstica.

En una sentencia unánime redactada por el ministro Vodanovic¹⁰, el TC ha señalado que el juez debe hacer los esfuerzos necesarios para hacer compatibles las normas internacionales con las del ordenamiento nacional, “prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico interno” (considerando 5); que los tratados internacionales gozan de una protección especial; que la ley no puede derogar, modificar o suspender un tratado, ya que ella carece de validez (con-

⁶ Hay, no obstante, excepciones. Véase un buen ejemplo en el trabajo de NÚÑEZ (2008), quien pretende introducir la “identidad constitucional” como elemento a considerar en esta discusión. Véase una crítica al excesivo textualismo y una revisión de la literatura nacional en VERDUGO (2010) pp. 58-79.

⁷ Entre los muchos trabajos en que este autor ha planteado su posición, véanse especialmente NOGUEIRA (1997) pp. 85-88; NOGUEIRA (2006) pp. 244-254; y NOGUEIRA (2010) pp. 24-77.

⁸ La CortelDH es vista como el “intérprete final de la convención”. NOGUEIRA (2010) pp. 77.

⁹ Véase un buen ejemplo en la sentencia de la CortelDH *Gelman v. Uruguay*, 2011, Serie C N° 221. En el párrafo 193, la CortelDH declaró: “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que 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”. Cita en esta afirmación otros casos donde la propia CortelDH ha dicho cuestiones similares: *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, 2006, Serie C, N° 154, párr. 124; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*, 2010, serie C, N° 219, párr. 176; *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, 2010, serie C, N° 220, párr. 225.

¹⁰ TC, rol 804 del 28 de diciembre del 2007. Cabe hacer presente que la sentencia no tiene prevención o voto particular alguno.

siderando 14); y que cuando no exista un conflicto de constitucionalidad, sino que solamente un conflicto entre la ley interna y un tratado, el problema deberá ser resuelto por el juez de la instancia y no por el TC (considerando 15)¹¹.

Con ello, el TC parece aceptar (1) la tesis del control de convencionalidad sobre la ley interna, y (2) que cualquier juez puede declarar la ineficacia particular de una ley si se opone al derecho internacional. Así, el control de convencionalidad se vuelve difuso y produce efectos particulares, mientras el control de constitucionalidad de la ley permanece concentrado en el TC. Si ello es correcto, entonces habrá muchas más oportunidades para el ejercicio del control de convencionalidad que para el control de la supremacía constitucional.

Por otro lado, el TC acepta la procedencia del recurso de inaplicabilidad (aunque con disidencias) y rechaza la posibilidad de que prospere una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales¹². Hasta la fecha no se ha declarado la inaplicabilidad de ninguna disposición contenida en un tratado internacional, pero sí se han citado instrumentos internacionales en el control de constitucionalidad de las leyes. Con ello, normas supranacionales pasan a formar parte del parámetro que el TC utiliza para examinar la constitucionalidad de una ley. Lo anterior no significa, sin embargo, que el TC haya incorporado al ordenamiento nacional la jurisprudencia interamericana, ya que el mismo puede perfectamente tener una interpretación diferente a la de la CortelDH respecto de una misma disposición. Tratándose de normas que reconocen DD.HH., es común encontrar más de dos interpretaciones posibles, y frente a ello el juez puede aplicar directamente dicha norma sin seguir lo que han dicho otros jueces. Por consiguiente, la sola cita a instrumentos interamericanos no hace al TC un seguidor de la jurisprudencia de la CortelDH.

Sin perjuicio de ello, el TC a veces ha citado sentencias de la CortelDH para inferir conclusiones propias. Ello ha ocurrido con ocasión de casos relacionados con el principio de publicidad y transparencia¹³, el interés superior del niño¹⁴, la libertad de expresión¹⁵, el principio de legalidad en materia penal¹⁶ y el principio *pro homine*¹⁷. También ha habido casos en que el TC ha inda-

¹¹ Para los defensores de la tesis del "bloque de constitucionalidad", en un conflicto entre el tratado y la ley, siempre debería vencer el tratado. Ello ocurre cuando la ley es anterior al tratado y también cuando es posterior. Véase NOGUEIRA (1997) pp. 76-79

¹² TC, rol 1288 del 25 de agosto del 2009

¹³ TC, considerando 14, rol 1732 del 21 de junio del 2011 y 1800 del 21 de julio del 2011 (acumulados)

¹⁴ TC, considerando 28, rol 1683 del 4 de enero del 2011

¹⁵ TC, considerando 35, rol 567 del 3 de junio del 2010

¹⁶ TC, considerando 41, rol 567 del 3 de junio del 2010

¹⁷ TC, considerando 66, rol 740 del 18 de abril del 2008; y TC, considerando 73, rol 1361 del 31 de marzo del 2009

gado infructuosamente en la jurisprudencia de la CorteIDH para esclarecer el alcance de un precepto internacional¹⁸ y en que disidentes han citado fallos de la CorteIDH¹⁹.

Con lo anterior, podría pensarse que el TC ha incorporado a nuestro sistema de fuentes las sentencias interamericanas, con lo que triunfaría la tesis del “bloque de constitucionalidad”, cuestión que no es, sin embargo, exacta.

En efecto, de las sentencias del TC citadas, no puede inferirse que él mismo ha adoptado las sentencias de la CorteIDH como un parámetro generalizado de control constitucional. Ello se debe a que (1) aún son pocos los casos detectados en que el TC utiliza en un voto de mayoría la jurisprudencia de la Corte; y (2) existen otros casos en que el TC ha citado jurisprudencia de tribunales extranjeros²⁰ o internacionales que no pertenecen al contexto latinoamericano²¹, y nadie podría reclamar por ello que el TC ha transformado dicha jurisprudencia en fuente vinculante para el orden constitucional doméstico.

En suma, la discusión nacional respecto a si los tribunales internos deben o no seguir las directrices del sistema interamericano está lejos de llegar a término. Ni la doctrina ni la jurisprudencia encuentran tendencias significativamente mayoritarias y pocos han tratado el problema democrático pertinente. En las secciones siguientes revisaremos las falencias que el sistema interamericano anota, persiguiendo formular una objeción democrática al mismo.

II. El sistema interamericano de protección de DD.HH.

II.1. Descripción y breve análisis de los órganos de protección de DD.HH. del sistema interamericano²²

¹⁸ TC, considerando 15, rol 807 del 4 de octubre del 2007

¹⁹ Véase la disidencia de Juan Colombo, José Luis Cea y Marisol Peña en TC, rol 1288 del 25 de agosto del 2009; la disidencia de Hernán Vodanovic y Jorge Correa S. en TC, rol 1130 del 7 de octubre del 2008; y la disidencia de Hernán Vodanovic y Mario Fernández en TC, rol 986 del 30 de enero del 2008

²⁰ Por ejemplo: de la Corte Suprema de los EE.UU., véase TC, considerando 24, rol 1295 del 6 de octubre del 2009; del Tribunal Constitucional español, alemán y mexicano, véase TC, considerando 22, rol 790 del 11 de diciembre del 2007; del Tribunal Constitucional español, véase entre muchísimos fallos del TC, considerando 65, rol 1988 del 24 de junio del 2011 y TC, considerando 16, rol 1656 del 1 de septiembre del 2009.

²¹ Sobre citas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase TC, considerando 30, rol 1683 del 4 de enero del 2011; TC, considerando 23, rol 1365 del 8 de abril del 2010; TC, considerando 63, rol 1254 del 29 de julio del 2009; TC, considerandos 9, 25, 36, 38, 45, 51, 63, rol 567 del 3 de junio del 2010. Véase también el voto particular de Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García en TC, rol 1881 del 3 de noviembre del 2011.

²² Sobre el sistema interamericano de DD.HH. y la jurisprudencia de la CorteIDH en general, véase entre otras obras a BUERGENTHAL (1982); MEDINA (1990); CORBERA (1993); FROST (1992); DELGADO (1999); LANDA (2005) y QUIROGA (2005)

En 1969 se suscribe la Convención Americana de Derechos Humanos, la que fue ratificada por Chile en 1990 y publicada en nuestro Diario Oficial en 1991²³. En dicha convención se regulan dos órganos centrales del sistema de protección, la Comisión (capítulo VII), con sede en Washington²⁴, y la CortelDH (capítulo VIII), con sede en San José de Costa Rica. El documento central que dichas instituciones utilizan en la protección de los DD.HH. es la misma convención, sin perjuicio de la existencia de otros instrumentos relevantes²⁵.

La Comisión es un órgano consultivo y un actor importante en la promoción y defensa de los DD.HH., y participa activamente en los procesos jurisdiccionales que lleva adelante la CortelDH. Aunque no opera específicamente como un tribunal, la Comisión cumple un rol influyente en el desarrollo del sistema interamericano.

En general, la función de la Comisión es la promoción de observancia y defensa de los DD.HH. Entre otras, la Comisión tiene atribuciones para investigar supuestas violaciones a DD.HH., observar el estado de protección de los DD.HH. de los Estados miembros, hacer estudios y publicar informes (los que pueden enviarse a la Asamblea de la Organización de Estados Americanos, "OEA"), hace recomendaciones a los Estados sugiriendo la adopción de medidas concretas, solicita a la CortelDH que requiera de medidas a los Gobiernos, solicita opiniones consultivas a la CortelDH y somete casos a la jurisdicción de la CortelDH a través de demandas²⁶. Así, la Comisión no es neutral en la solución de conflictos

²³ Los aportes de Latinoamérica al sistema universal de DD.HH. son anteriores a ello. Aunque no es objeto de este trabajo, véase la interesante información recopilada por GLENDON (2003).

²⁴ Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión aparece regulada por primera vez, y sin mayores detalles, en el art. 111 de la Carta de la OEA de Bogotá de 1948, reformulada en 1967 y en 1985. Sin embargo, la Comisión se creó el año 1959.

²⁵ Así, por ejemplo, deben mencionarse los reglamentos y estatutos de cada órgano, y varios instrumentos significativos como: Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Carta Democrática Interamericana; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para"; Convención Interamericana contra la Corrupción; Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión; Convención Interamericana Sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer; Convención Interamericana Sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer; Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias ámbito de aplicación; Convención interamericana sobre restitución internacional de menores; Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores; Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores; Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional; Convención sobre asilo territorial; Convención sobre asilo diplomático; Convención sobre asilo político; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

²⁶ Se suele hablar del principio de subsidiariedad, por el cual el sistema internacional es complementario a los ordenamientos jurídicos domésticos y sólo opera cuando éstos han fracasado en la protección de los DD.HH. La subsidiariedad en materia internacional es un reflejo del pluralismo, la diversidad y del propósito de universalizar los estándares de protección de los DD.HH. Sobre ello, véase DEL TORO (2007).

relacionados con DD.HH.: ella investiga, demanda y litiga casos concretos; y su función no se acaba en su participación jurisdiccional, sino que también alcanza la fiscalización permanente de los Estados miembros de la OEA.

Cuando se han agotado los recursos internos en los ordenamientos jurídicos locales, las acciones se presentan ante la CortelDH²⁷, y se dirigen en contra de los Estados, los que son representados por los Jefes respectivos (las “cabezas” del Ejecutivo), cuestión que ha generado un problema importante en la justicia del procedimiento²⁸. Si bien es necesario que los Estados sean representados por una autoridad de manera monolítica (hay buenas razones para no dividir al Estado en el ámbito internacional), ello estimula que los Gobiernos de turno utilicen las defensas para levantar sus propias agendas, incluso reconociendo la responsabilidad del propio Estado. Con ello, y considerando además que los Estados no están obligados a defenderse (art. 41 del reglamento de la CortelDH), se impide la leal expresión del derecho a defensa de aquellos cuya conducta es reprochada y de aquellos interesados (como parte) en el conflicto²⁹, con lo que el carácter adversarial del procedimiento pierde fuerza y las posiciones no se encuentran necesariamente representadas en el debate.

En el total de causas históricas de la CortelDH (hasta el 2009), un 38,3% de los casos han tenido un allanamiento o un reconocimiento de los Estados de su responsabilidad internacional³⁰. Probablemente en muchas de estas causas ha sido saludable la actitud de los Estados. Es más, posiblemente los Gobiernos de turno no podrían haber impulsado una actitud diferente. Sin embargo, no puede desconocerse que una de las consecuencias de lo anterior es la indefensión internacional de quienes sostenían la licitud o validez de la conducta reprochada. El intentar proteger ambos valores (derecho de defensa internacional y el carácter monolítico de la participación estatal) implica una tensión que el diseño institucional interamericano no es capaz de equilibrar. Probablemente

²⁷ La labor de la CortelDH en números: entre los años 1979 y 2009, ha emitido 20 opiniones consultivas, ha dictado 211 sentencias, ha resuelto 120 casos y ha ordenado 81 medidas provisionales. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Informe Anual 2009 de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 23 de marzo del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm> p. 3.

²⁸ Cabe hacer presente que la CortelDH también tiene competencia consultiva, por la cual emite opiniones interpretando la Convención Americana de DD.HH. cuando es consultada.

²⁹ Por esta razón, en un caso sobre tuición de menores donde se impugnó lo resuelto por tribunales internos en Chile debido a una supuesta discriminación arbitraria por la orientación sexual de la madre, se impidió al padre de los niños formular su testimonio. Caso *Karen Atala e hijas v. Chile*, sometido a la CortelDH por la Comisión con fecha 17 de septiembre de 2010. Chile sólo puede ser representado por el Estado, el que a su vez es representado por el Jefe del Gobierno de turno, quien responde a su propia agenda política y no necesariamente a la defensa de los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que el art. 44 del reglamento de la CortelDH permite la presentación de *amicus curiae*. Véase también el estatuto de los declarantes en el art. 46 y los derechos reconocidos en los arts. 47, 48, 49, 52 y 55, entre otros, todos del reglamento de la CortelDH.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Informe Anual 2009 de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 23 de marzo del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm> p. 10.

es muy difícil diseñar un modelo internacional que resuelva con equilibrio dicha tensión. Por lo anterior, parece sensato disminuir la intensidad del efecto jurídico de las decisiones internacionales en el ámbito interno mediante otro tipo de mecanismos, como veremos.

El carácter monolítico de la defensa de los Estados también produce un impacto negativo en la doctrina de la separación de funciones que los Estados democráticos suelen suscribir, ya que este es relativamente irrelevante para la CorteIDH³¹. Otro aspecto que se ha criticado, aunque en menor intensidad, es la limitada legitimación activa que el sistema interamericano entrega a los individuos particulares. Sólo pueden presentar demandas los Estados o la Comisión, y las víctimas sólo podrán activar procesos jurisdiccionales ante la CorteIDH si logran convencer previamente a dichas instituciones³².

Revisemos la orgánica de la Comisión. De acuerdo a la normativa pertinente, la Comisión está integrada por 7 miembros que duran 4 años en sus funciones, y tienen la posibilidad de ser reelegidos por una vez. Las decisiones se toman por unanimidad y no debe haber más de un miembro de nacionalidad de un Estado en particular. La autoridad que designa a cada miembro es la Asamblea de la OEA, a propuesta de los diferentes Estados. Dicha Asamblea nombra a los miembros de la Comisión y decide la reelección de los mismos. También puede removerlos si violan gravemente los deberes de la Comisión.

Como ya advertíamos, en la Asamblea de la OEA los Estados son representados por los diferentes poderes Ejecutivos (normalmente un Presidente de la República a través de su Canciller respectivo u otro funcionario). Será el Gobierno de turno de cada Estado el que promoverá y negociará las diferentes candidaturas. Los miembros de la Comisión no gozan de las mismas prerrogativas que tradicionalmente tienen jueces independientes, ni tampoco hacen carrera funcionaria como los fiscales en nuestro país. Ellos duran poco tiempo en sus funciones y para ser reelegidos deben lograr los votos de la Asamblea. En este contexto, es relevante la lealtad de los miembros de la misma con los Gobiernos de turno antes y después de ser nombrados, así como la capacidad de dicho Gobierno para influir en la Asamblea.

Algo similar ocurre con la CorteIDH. La CorteIDH tiene 7 jueces (sin perjuicio de la existencia de jueces *ad hoc* y de posibles interinos) que duran 6 años en sus cargos y pueden ser reelegidos por una vez. Dichos jueces son elegidos por la mayoría absoluta de los Estados partes a través de la Asamblea general de la OEA, luego de las proposiciones efectuadas por los Estados. Dicha Asamblea

³¹ Sobre esta materia véase el análisis de TÓRTORA (2011)

³² Véase una temprana defensa de esta crítica en VARGAS (1984), quien dice que este aspecto reduce las posibilidades de protección de los DD.HH.

puede remover a los jueces por cualquier impedimento, negligencia u omisión en el ejercicio de sus funciones o conducta contraria a ellas³³. La CortelDH toma sus decisiones por mayoría³⁴ (a diferencia de la Comisión) y todos sus miembros deben ser de nacionalidades diferentes, pertenecientes a los países de la OEA.

Tabla N° 1
Resumen arreglos institucionales Comisión y CortelDH³⁵

	N° de miembros	Autoridad que nombra	Duración mandato	Posibilidad de reelegirse	Posibilidad de remoción
Comisión	7	Asamblea OEA	4 años	Sí, una vez	Sí, con causales
CortelDH	7	Estados OEA	6 años	Sí, una vez	Sí, con causales

Los jueces de la CortelDH no tienen las mismas garantías de independencia que se promovieran en *El Federalista* y que se masificaran en los Poderes Judiciales modernos³⁶. Ellos no perciben una remuneración estable³⁷, no funcionan como tribunal permanente³⁸, sirven términos limitados con posibilidad de una reelección y están sujetos al control de la Asamblea, por lo que no gozan de las garantías que otorgan la inamovilidad vitalicia³⁹. Todo ello limita su inde-

³³ Sin perjuicio de ello, cabe hacer presente que se ha discutido mucho acerca de si estos jueces deberían o no tener exclusividad y dedicarle una jornada laboral completa a las labores de la CortelDH. En un comienzo, el proyecto de estatuto de la CortelDH consideraba un tribunal permanente con jueces de dedicación exclusiva. El objetivo de dicha iniciativa era el fortalecimiento del prestigio y legitimidad para obtener el cumplimiento de las sentencia. Sin embargo, la Asamblea rechazó esta idea atendidos los costos económicos y a que la carga de trabajo se anticipaba muy baja. Se optó entonces por jueces sin dedicación exclusiva. Los jueces no están en la nómina de pagos permanentes de la OEA (trabajan por honorarios), son libres para practicar la profesión, hacer clases o trabajar en otras funciones y no suelen vivir permanentemente en Costa Rica. BUERGENTHAL (1982), pp. 232-233.

³⁴ El quórum mínimo para sesionar es de 5, por lo que la mayoría más baja que se admite es de 3.

³⁵ Elaboración propia tomando en consideración el estatuto de la Convención Interamericana de Derechos humanos disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

³⁶ Véase GARCÍA (2007)

³⁷ Véase el art. 72 de la Convención Americana, que sólo permite el financiamiento de "emolumentos y gastos de viaje". La existencia de remuneraciones estables e independientes del poder político es un arreglo institucional elemental y básico para asegurar la independencia judicial. Sin embargo, en el caso de la CortelDH, en palabras del ex juez, Antonio CANCADO (2003), p. 57, los jueces hacen un verdadero "apostolado" al salir de sus trabajos permanentes para trabajar en la CortelDH.

³⁸ Véase una crítica sobre este problema y el anterior en ACOSTA (2007), pp. 18 y 21; y de VENTURA (2005). Este último alega que la OEA no ha dado cumplimiento a los compromisos presupuestarios adquiridos.

³⁹ Lo anterior es sin perjuicio de la posible independencia orgánica de la CortelDH. Nuestro análisis se centra en la independencia individual de los jueces, y no de la institución. En este sentido, seguimos a John Ferrejohn, para quien los tribunales (a nivel nacional en todo caso) deben ser dependientes de los poderes políticos y los jueces en particular deben tener la suficiente independencia como para aplicar la norma con lealtad. Véase FERREJOHN (1999). Véase también FERREJOHN y KRAMER (2002) y la discusión entre CALABRESI, y LINDGREN (2005-2006) y STRAS y SCOTT (2006-2007), quienes argumentan en contra y a favor de la inamovilidad vitalicia. Los más críticos de esta visión (CALABRESI y LINDGREN) igual son partidarios de establecer períodos largos y sin reelección para asegurar un equilibrio entre *accountability* e independencia de los jueces, cuestión que parece lejana al régimen judicial del sistema interamericano.

pendencia y los hace rendir cuentas frente a dicha Asamblea y, especialmente, al Gobierno de turno del Estado correspondiente, antes de que se produzca el nombramiento y también una vez nombrado. La falta de apoyo del Gobierno de turno podría hacer terminar la carrera del juez en este sentido. También, la necesidad de que dicho Gobierno logre los acuerdos necesarios en la Asamblea es indispensable para la carrera del juez. Lo mismo sucede con los miembros de la Comisión. Sin perjuicio de eso, es poco lo que podemos inferir de los procesos de negociación al interior de la Asamblea o entre los Estados proponentes e interesados, ya que el proceso tiene falencias de transparencia en los procesos de selección⁴⁰.

Todo lo anterior hace necesario examinar la tendencia de los Gobiernos de la región, atendida su notoria influencia en el régimen judicial. Especialmente, interesa conocer los equilibrios políticos existentes en la Asamblea de DD.HH., ya que ella es en definitiva el órgano más poderoso del sistema interamericano.

Frente a todo lo anterior, podría cuestionarse la veracidad de la causalidad que se asume entre la posición política de quien promueve la candidatura de los jueces (o realiza el control posterior mediante la reelección) y las preferencias que el juez manifestará posteriormente. Mediante este cuestionamiento, no existe una relación necesaria entre quien nombra al juez y el nominado. Esta crítica es empírica, y lamentablemente en el contexto interamericano no existen estudios tan acabados que demuestren si la misma es cierta o no. Sin embargo, es razonable presumir la existencia de una conexión si se utiliza un modelo de comportamiento donde los Estados no son desinteresados en los nombramientos⁴¹. Dicho modelo es sensato si se considera la evidencia que nos proporciona un estudio sobre el sistema europeo de DD.HH., el que no difiere mucho en su sistema de nombramiento con el modelo interamericano, y que sugiere que los procesos de selección de jueces son políticos, y que se espera un cierto nivel de lealtad con quien es nominado para ser juez⁴². Por supuesto, todo lo que digamos asumiendo dicha causalidad para el sistema interamericano se condiciona por este supuesto.

II.2. Contexto político americano y chileno

Como ya advertíamos, si los poderes Ejecutivos de los diferentes Estados anotan una tendencia política determinada que se exprese con mayorías significativas, no tendrán necesidad de elegir a juristas independientes ni de buscar equilibrios

⁴⁰ Véase esta crítica en BALUARTE (2005)

⁴¹ Véase la opinión del ex juez Nieto, quien reconoce que la elección de jueces de la CorteIDH involucra mucha política, ya que se hace en la OEA. Véase entrevista en FROST (1992) p. 190. Lo anterior, sin demostrar la causalidad cuestionada, permite inferir la razonabilidad del modelo de comportamiento propuesto.

⁴² Véase VOETEN (2007)

políticos al interior de los órganos del sistema interamericano de protección de DD.HH. Será fácil para un Gobierno que crea en X impulsar a un candidato que sea activista de X, si la Asamblea está dominada por países que también crean en X. Las negociaciones y los acuerdos utilizarán como moneda de cambio cuestiones distintas a la tendencia (ya que X está asegurado). Lo contrario ocurre bajo otros modelos de nombramiento, como en el caso de la Corte Suprema. Bajo el modelo norteamericano, los jueces son designados por el Presidente de la República con el acuerdo del Senado, y luego dichos jueces son inamovibles de por vida. Así, existe un control político anterior al nombramiento e independencia posterior (salvo por la acusación constitucional, herramienta excepcional). En el control político anterior al nombramiento hay un instrumento de moderación que ha funcionado de manera relativa⁴³. Ninguna de estas cuestiones existe en el sistema interamericano, ya que la Asamblea no tiene elementos de moderación alguna. Se trata de un solo órgano que mantiene el control sobre el juez después de nombrado, por lo que los equilibrios políticos al interior del mismo son elementales. El sistema chileno de nombramiento de ministros de la Corte Suprema entrega incluso mayor moderación que el norteamericano, al exigir que un número significativo de jueces provengan del Poder Judicial y que la lista de candidatos sea confeccionada por la propia Corte. Todo ello, unido a la revisión del Senado, ha conducido a un sistema donde se negocia con mucho cuidado el nombramiento de los ministros⁴⁴. Otro esquema posible es el de los Tribunales Constitucionales, donde normalmente hay diferentes autoridades representativas de otros poderes del Estado que designan a sus jueces. El control político en el nombramiento existe, pero se logran equilibrios internos debido a la diversidad de instituciones que participan. Los ministros suelen durar varios años en sus cargos y no ser sujetos a reelección, aunque los modelos varían de país en país. Todos estos arreglos institucionales están ausentes en el contexto interamericano, donde los jueces son nombrados por una institución donde hay carencia de contrapesos y se mantiene el control posterior.

Como evidencia de lo anterior, el anexo I de este trabajo resume la tendencia actual de los Jefes de Estados de la región, asociando a los mismos a las posiciones de partidos políticos específicos. Se trata, por supuesto, de una simplificación (y generalización) que no considera los matices propios de los

⁴³ La facultad del Senado obliga al Presidente de la República a moderar sus tendencias y a negociar los nombramientos. El caso de EE.UU. no ha operado siempre así, ya que los nombramientos suelen politizarse con un alto nivel de escrutinio público. Sin embargo, el efecto moderador se suele producir. Un ejemplo emblemático lo representa la nominación fallida de Robert Bork en el año 1987, cuya candidatura republicana tuvo que reemplazarse por un candidato menos conservador, Anthony Kennedy, el que finalmente fue confirmado

⁴⁴ Ello ha producido que se nombren alternadamente ministros que simpatizan (sin militar) con una coalición política y, luego, con la otra. Todos los candidatos tienen un perfil normalmente profesional y, sin perjuicio de existir cercanías políticas, los jueces en general se muestran moderados y ajenos a la política partidista.

Estados ni las diferencias sociopolíticas de los diferentes países. Sin perjuicio de eso, estimamos que en los grandes números la evidencia considerada puede aportar información relevante relativamente verosímil. Véase una síntesis en la tabla N° 2:

Tabla N° 2
Tendencia política de los Gobiernos actuales⁴⁵

	N° Gobiernos
Tendencia de izquierda o centro-izquierda	24
Otras tendencias	10

Como puede advertirse, la mayoría de Gobiernos de la región pertenece a una tendencia de izquierda o de centro-izquierda. 24 de 34 pertenecen a dicha tendencia y sólo 10 se asocian a tendencias diferentes. La mayoría es aplastante.

Los equilibrios dentro de las instituciones chilenas son muy diferentes a los experimentados en el sistema interamericano. Alguien podría replicar que los equilibrios internos institucionales están alterados por el sistema electoral (cuestión muy discutible), así que preferimos contrastar las cifras con los votos efectivos experimentados en la última elección del año 2009. En la última elección presidencial, el candidato de la centro derecha (Sebastián Piñera) obtuvo un 44,06% de los votos en primera vuelta y un 51,61% en segunda vuelta; en circunstancia que los candidatos de izquierda o centro-izquierda sumaron un 55,95% en primera vuelta y 48,39% segunda vuelta⁴⁶. En la elección de diputados las cifras no fueron muy diferentes: la Concertación obtuvo un 40,40% de votos, la lista "C" (de izquierda) obtuvo 4,17%, la lista "Chile Limpio" obtuvo un 4,91% y la Coalición por el Cambio (de centro derecha) obtuvo un 40,40% de los sufragios⁴⁷.

⁴⁵ Elaboración propia con datos parciales de p. 13 CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2011) *Informe 2011*, fecha de publicación en página web 28 de octubre de 2011 [Fecha de Consulta 3 de noviembre de 2011] <http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>

⁴⁶ Datos de SERVEL (2009) *resultados electorales elecciones de diputados y elecciones presidenciales*, fecha de publicación en la web 1 de abril del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: http://www.servel.cl/controls/neochannels/Neo_CH53/appinstances/media79/ResuPresi.pdf

⁴⁷ Datos de SERVEL (2009) *resultados electorales elecciones de diputados y elecciones presidenciales*, fecha de publicación en la web 1 de abril del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: http://www.servel.cl/controls/neochannels/Neo_CH55/neochn55.aspx. Cabe hacer presente que hoy los equilibrios de la Cámara de Diputados se expresan así: de 120 diputados totales, 56 pertenecen a la Coalición por el Cambio, 56 a la Concertación, 2 al PRI y 6 son independientes. Datos de SERVEL (2009) *resultados electorales elecciones de diputados y elecciones presidenciales*, fecha de publicación en la web 1 de abril del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: http://www.servel.cl/controls/neochannels/Neo_CH55/neochn55.aspx

Los datos precedentes sugieren que los equilibrios en la región no coinciden con los equilibrios a nivel nacional. Mientras un 71% de países de la región están gobernados por Ejecutivos de izquierda o centro-izquierda⁴⁸, el actual Gobierno de Chile pertenece a una coalición de centro-derecha, y los sufragios aparecen más cercanos al empate.

Podría decirse que la tendencia de izquierda a nivel continental es normal, porque responde a lo que históricamente ha sido Latinoamérica. En este sentido, podría argumentarse que, si la mayoría es de una tendencia X, entonces todos los nombramientos deben ser propios de X, ya que así opera la democracia. Sin embargo, esta lógica no es replicable a los jueces. Si el objetivo es tener jueces independientes que apliquen el derecho con cierta rigurosidad técnica, entonces se requieren modelos de nombramiento y garantías de independencia adecuados, junto a un órgano emisor que sea representativo. Mientras menos identificado esté este órgano emisor de normas con la realidad doméstica, menos legitimidad tendrá.

Como vimos anteriormente, la mayoría de los países del mundo occidental prefieren la adopción de un régimen judicial que posea remuneraciones estables y una larga duración e inamovilidad asegurada en los cargos de juez (aunque ello normalmente no ocurre tratándose de tribunales internacionales⁴⁹). Junto con ello, se buscan mecanismos de moderación en el sistema de nombramiento. El sistema de la OEA, sin embargo, no introduce elementos moderadores en el nombramiento y, al mismo tiempo, deja una oportunidad de control político del mismo (la reelección).

Los equilibrios y controles políticos en el nombramiento de los miembros de la Comisión y de la CortelDH no se producen. No existe una autoridad cuyos nombramientos deben ser revisados y negociados con opositores o adversarios políticos, sino que existen múltiples autoridades que participan en una Asamblea, las que generalmente pertenecen a la misma línea política y negocian los candidatos sin control externo alguno. En esas condiciones, las monedas de cambio tienden a ser diferentes a la moderación o independencia de los miembros, como probablemente ha ocurrido. Como revisaremos en la sección siguiente, casi todos los miembros actuales y anteriores de los órganos del sistema interamericano de protección de los DD.HH. pueden ser fácilmente clasificados en alguna tendencia política determinada, y los equilibrios resultantes son muy diferentes a los de nuestros tribunales internos.

⁴⁸ Estas cifras son todavía más altas si se consideran a Gobiernos anteriores. Véase pp. 13 y 26 CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2011) *Informe 2011*, fecha de publicación en página web 28 de octubre de 2011 [Fecha de Consulta 3 de noviembre de 2011] <http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>

⁴⁹ Efectivamente, en la Corte Europea de Justicia los jueces duran 6 años; en la Corte Europea de DD.HH. duran 9 años; en la Corte Penal Internacional duran en general 9 años; en la Corte Internacional de Justicia duran 9 años y en la Corte de Justicia de la Unión Africana duran 6 años.

III. Los miembros del sistema interamericano de DD.HH.

Como vimos en la sección precedente, cuando se analiza el perfil de un juez en particular, es importante revisar el tipo de Gobierno que promovió su nominación al cargo de juez. Asumimos que un Gobierno de tendencia X, en un contexto donde la mayoría de los representantes en la Asamblea también pertenece a X, debería promover la candidatura de un nominado afín.

Lo anterior parece interesante dada la composición actual de la Comisión (véase más abajo la tabla N° 4 y el anexo III), donde se observa que de los 7 miembros existentes, 5 han sido promovidos por Gobiernos de izquierda o de centro-izquierda. Por su parte, si revisamos la composición de la CorteIDH la situación es similar (véase más abajo la tabla N° 3 y el anexo II): de los 7 miembros actuales, 6 han sido promovidos por Gobiernos de izquierda o centro-izquierda. En el anexo II también se resume el trabajo anterior de los jueces que parezca relevante para entender su perfil político (no se incluyen todos los puestos de trabajo), además de otra información que parezca significativa. Una breve síntesis del anexo se observa en la tabla siguiente:

Tabla N° 3
Tendencia del Ejecutivo que promovió nominación de jueces⁵⁰

	N°	Porcentaje
Promovidos por Ejecutivos de izquierda o centro-izquierda	6	85,71%
Promovidos por Ejecutivos de derecha o centro-derecha	1	14,28%

Como puede observarse, existe una mayoría de jueces (85,71%) cuyas nominaciones fueron promovidas por Jefes de Estado de izquierda o centro-izquierda (5 de 7). Normalmente la causalidad entre el color político de dicho Jefe de Estado y la tendencia del juez coincide con las actividades pasadas de este último, normalmente vinculadas a un sector político específico de su país de origen. Algunos de ellos han ocupado cargos en el Gobierno (Franco, García-Sayán, Pérez, Vio e Iris), otros han sido exiliados por Gobiernos Militares (Pérez, Franco), algunos tienen una clara preferencia hacia la agenda de grupos de interés concretos (May, Iris) y, en su mayoría, los jueces muestran una carrera significativa asociada a los DD.HH.

⁵⁰ Elaboración propia con datos obtenidos en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) *composición Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 1 de diciembre del 2011 (se actualiza permanentemente) [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm> ,entre otros

En el anexo III se realiza un ejercicio similar al del anexo II, pero respecto de los miembros de la Comisión. Se identifica al miembro, se constata su trabajo anterior y otros datos relevantes, y se contrasta esa información con el Ejecutivo que promovió su candidatura. La tabla siguiente resume los resultados.

Tabla N° 4
Tendencia del Ejecutivo que promovió nominación de miembros⁵¹

	N°	Porcentaje
Promovidos por Ejecutivos de izquierda o centro-izquierda	5	71,42%
Promovidos por Ejecutivos de derecha o centro-derecha	2	28,57%

De acuerdo a la información proporcionada por el anexo III, varios de los miembros de la Comisión se encuentran vinculados a organizaciones de DD.HH. (Serio, González, Mejía, Shelton, Guillen), algunos han ocupado cargos en el Gobierno (Serio, Mejía, Escobar), varios de ellos tienen una significativa carrera académica (González, Orozco-Henríquez, Shelton) y unos pocos incluso han desarrollado una carrera judicial (Escobar, Orozco-Henríquez). Lo anterior parece diferenciar levemente el perfil general de la Comisión respecto de la CortelDH. Sin embargo, no se altera el hecho de que las nominaciones de la mayoría de los miembros de la Comisión (un 71,42%) hayan sido promovidas por Gobiernos de izquierda o de centro-izquierda (5 de 7).

Todo lo anterior sugiere que las inferencias que realizamos cuando analizamos el diseño institucional de la Comisión y de la CortelDH encuentran buenas razones empíricas. En efecto, podría decirse a esta altura que existe una tendencia significativa del sistema interamericano por posicionar a personas vinculadas con los equilibrios propios de América. Uno de los arreglos institucionales problemáticos analizados es el período breve de tiempo que deben servir los jueces de la CortelDH. Ello conduce a problematizar respecto del tipo de trabajo (u otros premios o beneficios) que ellos esperan conseguir una vez finalizada su labor. Es sensato asumir que el comportamiento de un juez se ve influido por las posibilidades laborales futuras que él espera, razón por la cual la independencia del mismo puede verse mermada. En este sentido, hay que preguntarse cuáles son normalmente los trabajos o actividades que dichos jueces asumen una vez que dejan sus cargos. En el anexo IV se resumen brevemente las actividades

⁵¹ Elaboración propia con datos obtenidos de ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2006, 2007 y 2009) *curriculum de los jueces actuales*, fecha de publicación en la web difiere conforme el juez [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://scm.oas.org/pdfs/2007/AG03357-1.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2006/AG03334s-1.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2007/AG03374s-1.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2009/ag04279S-2.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2009/AG04543T.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2009/AG04302E-2.pdf>

que los jueces de la CortelDH que se han retirado desde 1990 hasta el 2011 han desempeñado o realizan actualmente.

Como puede observarse de dicho anexo, y sin considerar a los jueces que fallecieron poco después de dejar sus cargos (Abreu, Jackman, Tovar), muchos de los ex jueces de la CortelDH han ocupado cargos en Gobiernos (de Roux, Nieto, Picado, Aguiar, Gros), algunos han desarrollado una carrera judicial local (Nieto) o internacional (Cancado, Buergentahl, Barberis) y varios de ellos han hecho carrera académica (y en algunos casos activista) vinculada a los DD.HH. (Medina, García, Pacheco, Fix-Zamudio).

Llama la atención el hecho de que una gran mayoría de los ex jueces hayan sido tan activos laboralmente una vez que dejaron sus cargos en la CortelDH, de lo que puede inferirse que las carreras individuales de ellos no se acaban con sus labores en la CortelDH. Casi todos ellos se mantienen vinculados al sector público internacional y probablemente aprovechan sus experiencias para otras tareas relacionadas, como las académicas o de vínculos con organizaciones internacionales. Sin embargo, muchos parecen seguir una cierta carrera pública dependiente del Gobierno de su país.

Otro elemento que resulta sugerente es el tipo de Gobiernos que han estado en el poder en aquellos países que han ratificado la Convención Americana de DD.HH., la principal fuente jurídica del sistema interamericano, y que han reconocido la competencia contenciosa de la CortelDH y la competencia de la Comisión. Puede esperarse que, si los países están en conocimiento o creen que la estructura del sistema y el clima y cultura política y social de la región han conducido a fortalecer las tendencias contrarias a las de sus Gobiernos electos de turno, entonces ellos debieran ser reticentes en la participación del sistema. Así, por ejemplo, si EE.UU. es contrario al entendimiento de la Comisión respecto a la legitimidad de la pena de muerte, tenderá a no ratificar la convención y/o la competencia de las instituciones del sistema interamericano. Por el contrario, si un Gobierno electo cree que el sistema interamericano servirá para complementar o fortalecer la tendencia a la que pertenece, no debiera tener problemas en la ratificación de la convención o de las competencias de sus órganos internacionales. Estos supuestos racionales de comportamiento, sin embargo, tienen la debilidad de no considerar otros elementos que pueden ser importantes, como los beneficios adicionales que puede brindar para el Estado (y su gobernante de turno, no importando su color) el hecho de participar de esferas internacionales. Tampoco considera, por ejemplo, la disociación existente entre el reconocer la competencia del órgano internacional o ratificar la Convención y los costos políticos que se percibirán por lo anterior. Normalmente dichos costos, si los hay, no serán necesariamente percibidos por parte del gobernante, sino que por parte del Estado, y la responsabilidad del gobernante se diluye debido a que dichos costos probablemente no aparecerán en el corto plazo.

Los supuestos lógicos de comportamiento propuestos serán testeados de manera relativa en la tabla siguiente, la que simplifica las tendencias políticas de los Gobiernos de turno. En efecto, en ella se constata a qué tendencia política pertenecía dicho Gobierno (o el Jefe de Estado) al momento de ser ratificada la convención y reconocida la competencia de las instituciones relevantes del sistema interamericano de protección de DD.HH.

Tabla N° 5⁵²

Ratificación de Convención y de competencia de órganos interamericanos por tipo de Gobiernos de turno

	Porcentaje total de países que ratificaron		Izquierda centro-izquierda	Derecha centro-derecha	Centro
Convención Americana	25	74%	15	7	3
Competencia CortelDH ⁵³	21	62%	14	5	2
Competencia Comisión	10	29%	7	3	0

Los datos de la tabla N° 5 sugieren una preferencia de los Gobiernos de izquierda por la ratificación de la Convención y por aceptar la competencia de instituciones internacionales. Estos datos de alguna manera replican los equilibrios políticos de la región, lo que hace menos significativa la diferencia existente entre el número de Gobiernos que adscribe a una tendencia política o a otra. Sin embargo, no deja de llamar la atención la aparente simpatía de los Gobiernos de izquierda por el sistema interamericano.

IV. La agenda del sistema interamericano de DD.HH.

Los casos frente a la CortelDH, recordemos, pueden ser impulsados por la Comisión o por los Estados. El rol vigilante y controlador de la Comisión hace que esta pase a ocupar un lugar protagónico en el sistema y en el control de la agenda de DD.HH. interamericana. Ellos seleccionan las materias relevantes

⁵² Elaboración propia con datos obtenidos de ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2011) *información general del Tratado de la Convención interamericana de derechos humanos*, fecha de publicación en la web se desconoce [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html> y COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *convención interamericana de derechos humanos ratificaciones y denuncias*, fecha de publicación en la web enero 20 del 2009 [fecha de consulta 2 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/Basicos3.htm>

⁵³ Se refiere a la competencia contenciosa de la CortelDH

a ser tratadas, por lo que su función define a qué tipo de derechos o intereses se les da prioridad sobre otros.

Sin embargo, y como lo reconoce el ex juez Callejas, hay antecedentes que demuestran que hay mucha “política” en el proceso previo de la Comisión⁵⁴. Por su parte, el ex juez Tovar reconoce que la Comisión es naturalmente más política que jurisdiccional⁵⁵. Lo dicho por ambos jueces no es evidencia suficiente y actual (se referían a tres casos específicos) de que el control de la agenda del sistema interamericano esté politizado, y que esa politización responda a equilibrios políticos diversos de los nacionales. Sin perjuicio de ello, el diseño institucional analizado en las secciones precedentes permite inferir que una eventual politización podría generarse fácilmente debido a la ausencia de garantías de independencia y por los equilibrios empíricos de la OEA, lo que en teoría debiera favorecer a un contexto político y social ajeno al chileno.

Veamos cuáles son las materias por las cuales la CortelDH suele declarar más violaciones de los Estados. En cifras entregadas por la propia CortelDH, relativas a los artículos de la Convención Americana cuya violación ha sido declarada⁵⁶, aparecen 94 violaciones a garantías judiciales; 93 a la protección judicial; 76 a la integridad personal; 56 a la libertad personal; 54 al derecho a la vida; 17 a la libertad de pensamiento y expresión; y sólo 14 al derecho de propiedad privada y a los derechos del niño. Hay algunos derechos que apenas han sido protegidos frente a violaciones, como la libertad de conciencia y religión (apenas un caso); la protección de la familia (2 casos) y la protección de la honra y dignidad (8 casos), entre otros. Relativo a otros tratados diferentes de la Convención Americana de DD.HH.⁵⁷, el tratado que encabeza el número de violaciones que la CortelDH ha declarado es la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura (45 artículos violados en particular). Le sigue la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas (20 artículos violados en particular) y la Convención para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (3 artículos violados).

Las cifras anteriores pueden ser interpretadas de muchas maneras, y lo cierto es que no entregan muchas pistas acerca de la real agenda de DD.HH. existente en el sistema interamericano. Un análisis cuantitativo parece difícil, ya que las particularidades de cada caso son las determinantes de la política que lo rodea y no el artículo específico del tratado internacional que se infringe. Es muy

⁵⁴ Entrevista en FROST (1992) p. 179

⁵⁵ Entrevista en FROST (1992) p. 179

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Informe Anual 2009 de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 23 de marzo del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm> p. 7.

⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Informe Anual 2009 de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 23 de marzo del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm> p. 8.

probable que si se revisan las demandas de la Comisión y se distinguen los artículos que son infringidos, el resultado deficiente sea igual. Sin perjuicio de todo lo anterior, no deja de llamar la atención el escaso interés del sistema interamericano por cuestiones tradicionalmente asociadas a la derecha (propiedad, familia, libertad religiosa, honra) y la alta valoración de las causas seguidas por violaciones cometidas durante regímenes de facto o durante períodos de inestabilidad y conflicto político. Más evidencia y análisis cualitativo será necesario para profundizar las preguntas que naturalmente emanan de lo anterior.

V. Falencias democráticas al sistema interamericano

Dividiremos esta sección en tres apartados. Cada uno de ellos representa una falencia democrática diferente, aunque si se combinan (como de hecho ocurre) operan con mayor fuerza. En primer lugar (5.1), la falta de una doctrina de deferencia o margen de apreciación; en segundo lugar (5.2), el problema del *accountability*; y en tercer lugar (5.3), la objeción democrática propiamente tal, relativa a la pertenencia y conexión del sistema interamericano con las comunidades políticas que aspira a regir, y al rol de los jueces en el uso de fuentes normativas que contienen DD.HH.

V.1. Ausencia de una doctrina de deferencia

En el sistema europeo de DD.HH., la Corte Europea ha desarrollado una doctrina denominada “margen de apreciación”, mediante la cual se ha perseguido respetar y ser deferente con los diversos Estados en la interpretación que ellos tienen respecto de ciertos DD.HH. cuya aplicación jurisdiccional ha originado conflicto⁵⁸. Con ello, el sistema europeo pretende equilibrar su pretensión de universalidad en el tratamiento de los DD.HH. (evitando las controversias mayores) con la independencia democrática de los diferentes Estados miembros del sistema europeo⁵⁹. Así, por ejemplo, si un Estado tiene una comunidad política cuyas instituciones democráticas han determinado la prevalencia de una concepción específica del derecho a la vida (impidiendo el aborto, por ejemplo), la Corte Europea es deferente al entender que el precepto que reconoce el derecho a la vida origina diversas interpretaciones y lecturas morales válidas. De esta manera, utilizando la misma normativa europea, se puede concluir válidamente que la interpretación de la misma conduce a resultados diferentes en Estados diversos, dependiendo de algunos factores que se consideran.

⁵⁸ Sobre el margen de apreciación, véase entre otros a SWEENEY (2005); DEL TORO (2007) pp. 33-41; BENAVIDES (2009); BARBOSA (2011).

⁵⁹ Véase especialmente el trabajo de SWEENEY (2005) y, entre nosotros, véase el trabajo de BENAVIDES (2009).

Esta doctrina del margen de apreciación ha originado críticas por la vaguedad que ella implica⁶⁰, pero ha sido eficaz en la armonización de los intereses de los diversos Estados en materia de DD.HH. Dicha doctrina también ha sido útil para legitimar el rol de la Corte, la que parece estar consciente del déficit democrático de que adolece.

En el contexto interamericano, sin embargo, no existe una doctrina similar⁶¹. De existir una agenda politizada en el sistema interamericano (cuestión probable pero que no hemos demostrado todavía), la misma operaría sobre la base de instituciones que guardan poca deferencia con los Estados sujetos a su jurisdicción, lo que la haría más fuerte ante una crítica democrática en contra de la misma.

Resumiendo lo anterior, en las secciones anteriores demostramos la existencia de un diseño institucional que, lejos de estimular la independencia judicial, parece promover y replicar los equilibrios políticos interamericanos en la CortelDH. Junto con ello, constatamos que dichos equilibrios son muy diferentes a los nacionales y que el perfil de los jueces que llegan al sistema interamericano responde a patrones similares que probablemente se vinculan al sistema de nombramiento y al control posterior de dichos jueces. En esta sección, sugerimos la probable existencia de una agenda política al interior del sistema interamericano, lo que se suma a una doctrina que puede ser calificada de activista (como opuesta la deferencia). Todo lo anterior, parece conducir a una situación en que la CortelDH tiene estímulos para fortalecer sus propios poderes, incluso promoviendo que jueces domésticos extiendan los mismos dentro de los ordenamiento jurídicos locales. En la sección siguiente revisaremos si lo anterior puede, en la teoría, representar un problema de legitimidad del sistema interamericano de DD.HH. A dicho problema lo denominaremos "la objeción democrática"⁶².

V.2. *Accountability*: ¿de qué y ante quién se rinden cuentas?

Como se ha analizado en las secciones anteriores, los mecanismos de *accountability* de los miembros de la Comisión y la CortelDH son débiles.

⁶⁰ Véase por ejemplo GARCÍA R. (2007) y BARBOSA (2011). Este último promueve la existencia de límites al margen de apreciación con el objeto de proteger a las minorías, lo que parece defender una concepción más activista acerca del rol de los jueces internacionales.

⁶¹ Aunque ha habido cuestiones excepcionales que parecen acoger algún nivel de deferencia, ellas no representan una doctrina jurisprudencial. Véase DEL TORO (2007) y BARBOSA (2011). María Angélica Benavides, por su parte, explica que ello se debe a dos razones: en primer lugar, a que la CortelDH observa una tendencia hacia el universalismo y, en segundo lugar, a que la CortelDH ha recibido una baja tasa de casos como para construir una doctrina como la del margen de apreciación. BENAVIDES (2009) p. 308

⁶² Lo anterior, debido a una analogía con el lenguaje utilizado comúnmente en contra de la justicia constitucional. Véase por ejemplo un antiguo trabajo de Fernando ATRIA (1993)

Específicamente el *accountability* público (*public accountability*) expresa la idea de que aquellas personas con cargos públicos deben ser capaces de responder por las atribuciones y potestades que acarrean sus cargos⁶³. Este concepto se vuelve aun más confuso cuando el que debe rendir cuenta es un funcionario que representa al Estado en organismos internacionales.

Cabe preguntarse en qué momento la persona estará rindiendo cuentas como individuo que sirve al Estado, como representante de éste a nivel Internacional, o como parte de la organización internacional. En efecto, "no existe un gobierno mundial que sea capaz de controlar efectivamente el comportamiento de las naciones que persiguen sus propios intereses egoístas"⁶⁴.

En las organizaciones internacionales no son las naciones como tal, sino son representantes o delegados los que son los actores. Son individuos que ofrecen velar por los intereses nacionales, pero que el enfoque de la opinión pública sostiene que defienden sus propios intereses. El interés nacional es solo un determinante de sus decisiones, los representantes están marcados por un conflicto entre las reglas constitucionales y las reglas de los votantes, donde en ocasiones unas se desvían de las otras.⁶⁵

En este sentido, en las Cortes Internacionales los jueces deberían ser imparciales. La imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad⁶⁶.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario⁶⁷. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona⁶⁸. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta⁶⁹, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho.⁷⁰

⁶³ DOWDLE (2006) p. 3

⁶⁴ FREY (1997) p. 109

⁶⁵ FREY (1997) p. 113

⁶⁶ PULLAR (1996) p. 8 Cfr. *Pullar v. the United Kingdom*, judgment of 10 June 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III, § 30, y *Fey v. Austria*, judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A p. 8, § 28.

⁶⁷ Cfr. *Daktaras v. Lithuania*, N°. 42095/98 (Sect. 3) (bil.), ECHR 2000-X – (10.10.00), § 30.

⁶⁸ Cfr. *Piersack v. Belgium*, judgment of 1 October 1982, Series A N°. 53, y *De Cubber v. Belgium*, judgment of 26 October 1984, Series A N°. 86.

⁶⁹ Principio 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas, *supra* nota 59.

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela .Sentencia de 5 de agosto de 2008

V.3. El poder de los jueces en materia de DD.HH. y pertenencia del sistema interamericano a la comunidad política democrática local

La objeción democrática puede ser planteada desde dos perspectivas diferentes que, sin embargo, se complementan: en primer lugar, desde la naturaleza de la interpretación jurídico-moral que entregan los DD.HH.; y en segundo lugar, desde la pertenencia de la institucionalidad de DD.HH. con las comunidades a que pretende regir⁷¹.

La primera perspectiva tiene un lugar común con la crítica que varios autores han hecho a la justicia constitucional en general. Si bien se trata de un debate muy antiguo que encuentra antecedentes en la crítica clásica de Jefferson, la literatura actual abunda en esta materia y la discusión permanece vigente. Famoso se ha hecho el debate en EE.UU. entre Jeremy Waldron y Richard Fallon⁷² y, entre nosotros, entre Fernando Atria, Patricio Zapata y, recientemente, Lucas Mac-Clure⁷³. De acuerdo a esta perspectiva, la interpretación judicial de los DD.HH. que conlleva a la revisión judicial de las leyes es problemática, en cuanto importa un poder contramayoritario que permite la prevalencia de una concepción moral de los derechos por parte de unos jueces no electos por sobre las instituciones representativas. Sabido es que los DD.HH. pueden ser interpretados de manera muy variada, admitiendo diferentes lecturas morales alternativas que se oponen. La interpretación judicial puede ser diferente a la que hace la sociedad a través de sus representantes, y si ambas están en conflicto, el sistema de supremacía constitucional hace prevalecer la judicial. Así, los jueces pueden revisar la validez jurídica de una norma emanada de un legislador que goza de mayor legitimidad popular. Esta crítica a la justicia constitucional abre varias preguntas relacionadas con el rol del Derecho, la visión de constitucionalismo, los conceptos diversos de democracia y el diseño institucional y el *accountability* de los jueces, entre otras.

No es nuestro interés profundizar acá esta crítica. Llama la atención la acogida relativa que ella ha tenido entre nosotros al impulsar doctrinas como la deferencia razonada y la presunción de constitucionalidad de la ley al interior del TC. La preocupación democrática existe en nuestro sistema, pero curiosamente

⁷¹ Hay una tercera perspectiva que podría ser útil. Esta tercera perspectiva se pregunta cuál es la mejor manera de fortalecer la protección de los DD.HH., y cuestiona la eficacia de los instrumentos internacionales en este sentido. Se trata de un cuestionamiento empírico muy interesante que nosotros no desarrollamos en este trabajo. Véase un ejemplo en el trabajo de NEUMAYER (2005), quien sugiere que la ratificación de tratados internacionales no es suficiente para la protección efectiva de los DD.HH. Este autor valora la influencia de las condiciones internas de los Estados, las que parecen ser mucho más gravitantes en los hechos.

⁷² WALDRON (1999) (2006); FALLON (2008). Véase también, a modo ejemplar, algunos de los siguientes trabajos sobre la justicia constitucional: en defensa de ella, ELY (1980); ELSTER (1984); DWORKIN (1996); ACKERMAN (1993) (1996); y en una perspectiva crítica y/o deferente, THAYER (1893); BICKEL (1962); TUSHNET (1999); KRAMER (2004).

⁷³ ATRIA (1993) y ATRIA (2000); ZAPATA (2008) pp. 17-134; y MAC-CLURE (2011) pp. 171-266.

ella no se ha manifestado a nivel interamericano, ni siquiera, como ya dijimos, mediante alguna doctrina que entregue algún margen de apreciación.

A nuestro juicio, si la objeción democrática a la revisión judicial de las leyes basada en los DD.HH. es cierta (parcial o totalmente), la misma se hace mucho más fuerte tratándose de tribunales internacionales que no participan del diálogo democrático con las instituciones de la comunidad política cuyas decisiones pretende regir, y que pretenden imponer un control de convencionalidad sobre la ley interna utilizando estándares ajenos a la comunidad nacional. En un escenario donde las decisiones internacionales se pretenden imponer sin debate interno por parte de actores que no rinden cuentas a nosotros y que responden a equilibrios ajenos a nuestra comunidad política, la lectura moral de los DD.HH. se hace más problemática. Ello nos lleva a la segunda perspectiva crítica.

La segunda perspectiva puede abordarse, a su vez, desde diferentes enfoques. Por un lado, ella responde a los problemas del diseño institucional y a los equilibrios del sistema interamericano (cuestión que hemos abordado en las secciones precedentes), y por otro lado a las falencias propias de las instituciones internacionales. La combinación de ambos tipos de enfoques a lo menos debe alentar el desarrollo de una crítica fuerte a la legitimidad del sistema interamericano de DD.HH.

De acuerdo al primer enfoque, y sumado a lo ya dicho, hay que constatar que el problema de la legitimidad del sistema interamericano no es nuevo. En efecto, por ejemplo, ya en 1993 Michael J. Corbera sugería prudencia en el ejercicio de las competencias adjudicatorias de la CortelDH, recomendando consolidar la legitimidad de la CortelDH mediante las opiniones consultivas en primer lugar, de manera que los Estados no percibieran a dicho tribunal como dictatorial o inflexible⁷⁴. Por otra parte, la revisión de experiencias ajenas al sistema interamericano que han profundizado mayormente el análisis académico, pueden ser útiles, como ocurre con la literatura relativa a los modelos de designación de jueces y a los estímulos que sus arreglos institucionales generan en los actores políticos relevantes⁷⁵.

La segunda preocupación proviene desde una perspectiva más amplia que reconoce las falencias de las instituciones internacionales. Una línea de trabajo perteneciente a este enfoque objeta las posibilidades de uniformar el sentido

⁷⁴ CORBERA (1993)

⁷⁵ Véase un buen ejemplo, ya citado, en el trabajo de VOETEN (2007), quien sugiere que los procesos de selección de los jueces de la Corte Europea de DD.HH. (que no difiere mucho del interamericano) son fundamentalmente políticos. Agrega que se espera lealtad del candidato nominado, que el nivel de interés público en las nominaciones es bajo, y que se observa un mayor nivel de activismo por parte de jueces de izquierda.

de la justicia en un mundo diverso y multicultural. Desde la filosofía sobre la justicia, Thomas Nagel ha desarrollado la idea de que ella se asocia fuertemente al Estado-nación, siendo muy difícil de concebir y aceptar la idea de que exista una justicia como concepto global⁷⁶. Con ello, Nagel cuestiona la posibilidad de legitimar la existencia de una autoridad internacional al respecto, aunque el autor parece tolerar la existencia de un costo temporal de legitimidad. Si bien Nagel no se refiere específicamente al sistema interamericano de DD.HH., su crítica sería aplicable, en nuestra opinión, en la medida en que se demuestre que existen profundas diferencias al interior del ámbito americano. En nuestro concepto, al menos respecto de Chile, esas diferencias parecen manifiestas cuando se comparan los diversos equilibrios políticos existentes. Es cierto que existen muchos elementos de semejanza (idioma, religión, historia de independencia, Gobiernos militares), pero para ponderar la importancia de los mismos hay que compararlos con la historia política reciente y las diferencias culturales existentes, cuestión que escapa a los objetivos de este trabajo, pero que es elemental si se quiere avanzar en la línea de investigación que proponemos⁷⁷.

Todo lo que se ha dicho en los párrafos precedentes se fortalece en la medida en que crece el impacto político que tienen las decisiones de la CorteIDH, cuestión que parece ser evidente en la doctrina⁷⁸, o que al menos los partidarios de la tesis chilena del bloque de constitucionalidad miran con simpatía.

Considerando lo anterior, y combinando ello con el problema de la indeterminación de los DD.HH., parece sensato lo planteado por Richard Stith⁷⁹, quien (aunque no se refiere al sistema interamericano de DD.HH.) concluye que cuando no puede distinguirse de manera clara entre interpretación jurídica y política, se hace necesario impulsar políticas que estimulen el pluralismo interpretativo y la coordinación institucional. Si esta idea la llevamos al contexto interamericano y chileno, fácil es concluir que la libertad y autonomía interpretativa de los jueces locales debe ser defendida como un bien que fortalece nuestra democracia y Estado de Derecho y que deben resistirse las doctrinas que promueven la uniformidad interpretativa en congruencia con los dictados de la CorteIDH. Es cierto que lo anterior conlleva un posible costo para la responsabilidad internacional del Estado, cuestión que habrá que asumir si los actores políticos relevantes (legislador, constituyente, TC) deciden mantener las diferencias existentes con la doctrina de la CorteIDH. En este contexto, y ante la improbable revisión del diseño institucional del sistema interamericano en

⁷⁶ NAGEL (2005)

⁷⁷ Entre nosotros, el autor que más ha desarrollado la idea de la autonomía de la comunidad política frente a las decisiones internacionales, es Manuel Núñez, mediante el concepto de "identidad constitucional", la relación entre el derecho internacional y la jurisprudencia constitucional y los efectos de dicha relación sobre los instrumentos de control constitucional domésticos. Véase NÚÑEZ (2008) (2009) (2010)

⁷⁸ Véase por ejemplo a MEDINA (1990) p. 461.

⁷⁹ STITH (2008)

el corto plazo, urge la defensa y construcción de una doctrina de deferencia o de la promoción de más instrumentos propios de *soft law* que permita armonizar la independencia de las comunidades políticas con el ideal de avanzar en los estándares democráticos y de protección de los DD.HH. Es cierto que dicha doctrina probablemente tendrá otros problemas⁸⁰, pero esos costos son mucho menos importantes que los probables extremos a los que la doctrina del bloque de constitucionalidad conlleva.

VI. Conclusiones

1. El sistema interamericano de protección de DD.HH. adolece de serias deficiencias democráticas. El régimen judicial no cuenta con arreglos institucionales que defiendan y promuevan la independencia de los jueces o que estimulen un *accountability* relacionado con las comunidades políticas a las que pretende regir.

2. De la evidencia analizada se infiere, entre otras cosas, que el diseño institucional del régimen interamericano, analizado desde la perspectiva de la composición de la Comisión y la Corte no: (i) refleja los equilibrios políticos de la región; (ii) los equilibrios políticos al interior de cada país de la región; y (iii) es además muy diferente al equilibrio que se observa en nuestra comunidad política local. Sin embargo, varias preguntas requieren del análisis y procesamiento de mayor información. ¿Cómo sesiona internamente la CIDH? En los casos en que los Estados han sido condenados, ¿qué tipo de consideraciones con el mismo se han tenido a la vista? ¿Existen grupos o alianzas de jueces al interior de la CIDH? ¿A qué tipo de ejes responden? ¿Cuáles son los efectos concretos del sistema de reelección en el comportamiento de los jueces? Estas y otras preguntas requieren de la profundización de la línea de investigación que se propone en este trabajo, aunque creemos haber aportado datos relevantes en este sentido

3. La CorteIDH, a diferencia de su par europeo, no ha desarrollado doctrinas que respeten la autonomía de los Estados o que promuevan la pluralidad interpretativa. Este tipo de doctrinas parecen saludables en un contexto de diversidad cultural, política y social, ya que ellas permiten entregar una respuesta equilibrada a las críticas en contra del déficit democrático de las instituciones internacionales.

⁸⁰ Una útil analogía a estos problemas puede encontrarse en la experiencia europea. En este contexto, véase por ejemplo la crítica a las falencias de la tesis del margen de apreciación en GARCÍA R. (2007). En este trabajo se dice que el margen de apreciación no es una doctrina ni un elemento de interpretación, tiene dificultades en la generación de sentencias predecibles, aunque su vaguedad e imprecisión no necesariamente dificultan su objetivo real: eludir problemas mayores.

4. No hemos promovido (ni lo haremos) el incumplimiento de compromisos internacionales (ni la desvinculación de Chile del sistema interamericano), los que parecen muy importantes en el contexto de apertura que vive nuestro país hacia los mercados internacionales. Sin embargo, creemos que un diagnóstico acertado que sea escéptico acerca de los alcances reales de la justicia interamericana sugiere una revisión de algunas cuestiones que no son pacíficas en la actualidad, como la tesis del bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, sabido es que los jueces domésticos deben aplicar los tratados internacionales, sin embargo, es discutible si se les permite tener una interpretación diferente de la que realiza la CorteIDH o la Comisión, especialmente en casos donde estas instituciones se han pronunciado sin que el Estado de Chile haya sido parte. Este tipo de cuestiones deben ser analizadas con prudencia, ya que los costos democráticos pueden ser muy altos para nuestra comunidad política.

5. Las cortes internacionales responden a una lógica muy diferente de los jueces locales, tanto en sus procesos como en el nivel de participación que admiten en ellos. Asimismo, el tipo de medidas que las sentencias adoptan son muy variadas y no se limitan a la adjudicación ordinaria de derechos que se observa en la jurisdicción local. Esto abre las puertas a políticas judiciales deferentes con los Estados miembros, que sean capaces de promover modificaciones normativas internas sin ser vinculantes de manera directa, sin perjuicio de los efectos propios de la responsabilidad internacional. Una visión más activista de la justicia interamericana, defendida por algunos, fortalece la crítica democrática que hemos formulado al promover un excesivo intervencionismo.

6. Todo lo anterior sugiere la conveniencia de revisar el diseño institucional de algunos aspectos del sistema interamericano. En futuras investigaciones se debería estudiar la posibilidad, por ejemplo, de incrementar los quórumos en la Asamblea para el nombramiento de miembros de la Comisión y de jueces de la CorteIDH; de fortalecer las mayorías que operan al interior de la CorteIDH; de revisar el tipo de medidas que esta última puede adoptar atendidas las diferencias casuísticas que corresponden; de promover una doctrina similar a la del margen de apreciación; de indagar los mecanismos procesales para que, sin renunciar a la representación monolítica de los Estados, se pueda entregar algún nivel de participación a quienes son contrarios a la demanda específica que la CorteIDH conoce; de buscar la mejor manera de equilibrar los controles constitucionales locales con el respeto a los tratados internacionales; de revisar los fundamentos y la manera más prudente en que pueda operar el control de convencionalidad del orden legal doméstico, entre otras cosas. Creemos que un inteligente diseño de estos aspectos puede generar un equilibrio importante entre el respeto por los compromisos internacionales y la independencia de comunidades políticas democráticas. De esta manera, el diagnóstico crítico que realizamos en nuestro trabajo puede arrojar cambios significativos si se considera lo anterior.

ANEXO ITendencia política de los Gobiernos actuales⁸¹

País	Jefe de Estado (al 2011)	Izquierda/ centro- izquierda	Derecha/ centro- derecha
Antigua y Barbuda	Baldwin Spencer	X	
Argentina	Cristina Kirchner	X	
Bahamas	Hubert Ingraham	X	
Barbados	Freundel Stuart	X	
Belize	Dean Barrow		X
Bolivia	Evo Morales	X	
Brasil	Dilma Rousef	X	
Canadá	Stephen Harper ⁸²		X
Chile	Sebastián Piñera		X
Colombia	Juan Manuel Santos		X
Costa Rica	Laura Chichilla	X	
Dominica	Roosevelt Skerrit	X	
Ecuador	Rafael Correa	X	
El Salvador	Mauricio Funes	X	
Estados Unidos ⁸³	Barack Obama	X	
Granada	Tillman Thomas	X	
Guatemala	Álvaro Colom	X	
Guyana	Sam Hindis	X	
Haití	Gary Conellie		Indep.
Honduras	Porfirio Lobo		X
Jamaica	Andrew Holmes		X
México	Felipe Calderón		X
Nicaragua	Daniel Ortega	X	
Panamá	Ricardo Martinelli		X
Paraguay	Fernando Lugo	X	
Perú	Ollanta-Humala	X	
República Dominicana	Leonel Fernández	X	

⁸¹ Elaboración propia con datos parciales de p. 13 CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2011) *Informe 2011*, fecha de publicación en página web 28 de octubre de 2011 [Fecha de Consulta 3 de noviembre de 2011] <http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>. Se insertan todos los países pertenecientes a la OEA, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana de DD.HH., o de que hayan reconocido la jurisdicción de la Comisión o de la CorteIDH, ya que todos ellos ejercen algún grado de influencia en los procesos de negociación. Sin perjuicio de que los Estados que no han ratificado la Convención no pueden proponer candidatos, igual participan del proceso de selección en la Asamblea, cuestión que parece una anomalía.

⁸² Debe tenerse presente que, técnicamente, Stephen Harper es Jefe de Gobierno.

⁸³ Es muy probable que la categorización de derecha e izquierda, para efectos de un análisis internacional, no sea apropiada en el caso de EE.UU., por lo que esta información debe ser analizada con mayor detención

País	Jefe de Estado (al 2011)	Izquierda/ centro- izquierda	Derecha/ centro- derecha
Saint Kitts y Nevis	Denzil Douglas	X	
San Vicente y las Granadinas	Ralph Gonsalves	X	
Santa Lucía	Stephenson King		X
Surinam	Dési Bouterse	X	
Trinidad y Tobago	Kamla Persad-Bissessar	X	
Uruguay	José Mujica	X	
Venezuela	Hugo Chávez	X	

ANEXO II

Perfil de jueces de la CorteIDH y tendencia del Ejecutivo que promovió nominación⁸⁴

Juez	Datos anteriores relevantes	Ejecutivo, partido político, país	Tendencia
Leonardo Franco	Especialista DD.HH., refugiados y migraciones; Secretario DD.HH. Provincia Buenos Aires; Subsecretario en Min. Relaciones Exteriores, Argentina; exiliado en dictadura	Néstor Kirchner Argentina. P. Justicialista	Izquierda
Diego García-Sayán	Vinculado a varias ONGs; consultor en DD.HH. y responsabilidad social; congresista; deportado político; Min. Relaciones Exteriores	Alejandro Toledo Perú P. Perú Posible	Centro- Izquierda
Manuel Ventura	Miembro Consejo Editorial Revista Instituto Brasileiro Direitos Humanos; miembro ex officio Asamblea General del Instituto Interamericano de DD.HH.	Abel Pacheco Costa Rica P. U. Social C.	Centro- Derecha

⁸⁴ Elaboración propia con datos obtenidos en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) *composición Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 1 de diciembre del 2011 (se actualiza permanentemente) [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm> y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *jueces que han integrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, fecha de publicación en la web 3 de junio del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/jueces.pdf>. Entre otros

Juez	Datos anteriores relevantes	Ejecutivo, partido político, país	Tendencia
Alberto Pérez	Dir. Inst. Derecho Constitucional y DD.HH.; destituido en U. de la República por Gob. Militar y exiliado; Director Jurídico Intendencia Montevideo (de confianza de Tabaré Vázquez); candidato por el "Frente Amplio".	Tabaré Vázquez Uruguay P. Frente Amplio	Izquierda
Eduardo Vio	Embajador y dir. jurídico Min. Relaciones Exteriores; miembro varias comisiones y del Tribunal Supremo de Democracia Cristiana.	Michelle Bachelet Chile P. Socialista	Izquierda
Rhadys Iris	Canciller; embajadora; asesora de DD.HH.; miembro As. Nac. de Mujeres Votantes y de Consejo Nac. de Mujeres.	Leonel Fernández R. Dominicana P. Liberación D.	Centro-Izquierda
Margarette May	Partícipe múltiples causas políticas y de lobby; columnista de diario sobre DD.HH.; especialista en derechos de la mujer, violencia doméstica y sexual, acoso sexual, entre otras.	P. J. Patterson Jamaica People's N. Party	Centro-Izquierda

ANEXO III

Perfil de miembros de la Comisión y tendencia del Ejecutivo que promovió nominación⁸⁵

Miembro	Trabajo anterior relevante	Ejecutivo, partido político, país	Tendencia
Paulo Serio	Miembro varias organizaciones de DD.HH. y ONGs; partícipe diversos programas internacionales de DD.HH.; Secretario Estado de Sao Paulo; Fiscal plan DD.HH. de Sao Paulo; Min. de DD.HH.de Brasil.	L. I. Lula da Silva Brasil P. Trabajadores	Centro- Izquierda
Felipe González	Dir. prog. DD.HH. U. Diego Portales.; Dir. prog. sist. judicial y racismo CEJA; consultor Inst. Interamericano DD.HH. y de <i>Human Rights Watch</i> , vinculado a Fundación Konrad Adenauer.	Michelle Bachelet Chile P. Socialista	Izquierda
Luz Mejía	Dir. jurídica en Min. Público; Dir. jurídica Defensoría del Pueblo; Asoc. de mujeres para ayuda recíproca; miembro colectivo de Derechos Humanos progresistas.	Hugo Chávez P. Venezuela Socialista Unido	Izquierda
Rodrigo Escobar	Magistrado Corte Constitucional de Colombia; Dir. Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia; Consul-tor del BID.	Alvaro Uribe P. Colombia Primero Colombia	Centro- Derecha
Jesús Orozco-Henríquez	Juez Corte Electoral con marcado acento en la utilización de la jurisprudencia del sistema interamericano; titular departamento investigación UNAM.	Felipe Calderón México P. Acción Nac.	Centro- Derecha

⁸⁵ Elaboración propia con datos mayoritariamente obtenidos de las siguientes páginas web: <http://scm.oas.org/pdfs/2007/AG03357-1.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2006/AG03334s-1.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2007/AG03374s-1.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2009/ag04279S-2.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2009/AG04543T.pdf>; <http://scm.oas.org/pdfs/2009/AG04302E-2.pdf>

Miembro	Trabajo anterior relevante	Ejecutivo, partido político, país	Tendencia
Dinah Shelton	Consultora y miembro de varias organizaciones y experta en materia medioambiental; académica en varias universidades; cargo directivo en Corte Federal; juez Corte medioambiental de arbitraje y conciliación.	Barack Obama P. Estados Unidos P. Demócrata	Centro-Izquierda ⁸⁶
María Silvia Guillen	Dir. organización de DD.HH.; miembro Corte de Apelaciones; ganadora de premios a su defensa de DD.HH.; vinculada a investigaciones varias.	Carlos M. Funes El Salvador P. FMLN	Izquierda

⁸⁶ Cabe hacer presente que, como ya advertimos anteriormente, los ejes políticos en EE.UU. probablemente no son útiles para entender la manera en que dicho país se relaciona internacionalmente con otros sujetos de derecho internacional, cuestión que hace más complejo un análisis científico del problema.

ANEXO IVActividades realizadas por ex jueces de la CortelDH⁸⁶

Juez	Año retiro	País	Trabajo posterior relevante
Cecilia Medina	2009	Chile	Prof. y Dir. Centro de DD.HH. U. de Chile
Sergio García	2009	México	Académico e investigador UNAM derecho penal y procesal
Antonio Cancado	2006	Brasil	Juez Corte Internacional de Justicia
Alirio Abreu	2008	Venezuela	Falleció
Oliver Jackman	2006	Barbados	Falleció
Carlos de Roux	2003	Colombia	Concejal de Bogotá y postulando a reelección por Partido Progresista
Máximo Pacheco	2003	Chile	Profesor emérito U. de Chile
Héctor Fix-Zamudio	1997	México	Miembro consejo consultivo DD.HH., México; Varios cargos en ONU; prof. UNAM.
Rafael Nieto	1994	Colombia	Embajador de una serie de países; Abogado integrante Corte Suprema de Colombia
Sonia Picado	1994	Costa Rica	Embajadora en EE.UU.; diputada; Presidenta Inst. Interamericano de DD.HH
Asdrúbal Aguiar	1994	Venezuela	Gobernador Distrito Federal Venezuela; Min. Secretario de Presidencia y de Relaciones Exteriores.
Thomas Buergenthal	1991	EE.UU.	Juez tribunal del BID; Comité de DD.HH. de la ONU; Juez Corte Internacional de Justicia.
Orlando Tovar	1991	Venezuela	Falleció
Julio A. Barberis	1991	Argentina	Juez tribunal competente en caso "Laguna del Desierto"; juez tribunal administrativo de la OIT. Falleció recientemente
Héctor Gros	1990	Uruguay	Min. Relaciones Exteriores; embajador en Francia. Falleció el 2009.

⁸⁶ Elaboración propia utilizando información de COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *miembros de la CIDH*, fecha de publicación en la web 9 de septiembre del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Miembros%20anteriores.htm>. Falta información de Hernán Salgado (quien dejó su cargo en 2003), Alejandro Montiel (1997) y Policarpo Callejas (1991). Además de otra información obtenida de diversas páginas web.

Referencias bibliográficas

1. Artículos, libros y capítulos de libros

ACKERMAN, BRUCE (1993): *We The People. Foundations* (New York, The Belknap Press of Harvard University Press)

ACKERMAN, BRUCE (1998): *We The People. Transformations* (New York, The Belknap Press of Harvard University Press)

ACOSTA, ALVARADO, Paola Andrea (2007) "Tribunal Europeo y Corte Interamericana de derechos humanos: ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?". [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2011]: <http://www.eplo.eu/alfall/docs/Grant%20Holders/Paola%20Andrea%20Acosta%20Alvarado.pdf>

AGUILAR, CAVALLO, Gonzalo (2007): "La internalización del Derecho Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1: pp. 223-281.

ARAB, NESSRALLAH, Juan, (2000): "Aplicación de un tribunal internacional a la realidad chilena", en *Actualidad Jurídica*, Año I N° 2: pp. 33-54.

ATRIA, FERNANDO (1993): "Tribunal Constitucional y Objeción Democrática", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20 N° 2-3: pp. 367-378.

ATRIA, FERNANDO (2000): "Revisión Judicial: el Síndrome de la Víctima Insatisfecha". Disponible en: http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_1081.html [Fecha de consulta: 17 de agosto 2011].

BALUARTE, DAVID (2005) "Elección de jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista CEJIL, Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Año I, N° 1: pp. 120-121.

BARBOSA, DELGADO, Francisco (2011): "Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales", en *Revista Derecho del Estado*, N° 26: pp.107-135.

BENAVIDES CASALS, María Angélica (2009): "El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos", en *Ius et Praxis*, Año 15, N° 1: pp. 295-310.

BERTELSEN REPETTO, Raúl (1996): "Rango jurídico de los tratados internacionales en el Derecho chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 211-222.

BICKEL, ALEXANDER (1962 edición de 1986): *The Least Dangerous Branch* (New York, Yale University Press).

BRUNA, GUILLERMO (2000): "Algunas consideraciones sobre la constitucionalidad de la Corte Penal Internacional", en *Ius et Praxis*, Año 6 N° 2: pp. 435-438.

BUERGENTHAL, THOMAS (1982): "The Inter-American Court of Human Rights", en *The American Journal of International Law*, vol. 76: pp. 232-245.

BURGIS, TOM, y ZADEK, SIMON (2006) *Reinventing Accountability for the 21st Century*, Accountability, London. http://works.bepress.com/andreas_schedler/22/

CALABRESI, STEPHEN, y LINDGREN, James (2006): "Term Limits for Supreme Court: Life Tenure Reconsidered", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol.29 N° 3: pp. 769-877.

CAMPUSANO, RAÚL (2006): "Tratados y el Derecho Internacional en la reforma constitucional de 2005", en *Actualidad Jurídica*, Año VII N° 13: pp. 25-41.

CANCADO, TRINDADE, Antonio A. (2003) "Acceso a la Justicia en el Sistema Interamericano", en *Revista IIDH*, vol. 37: pp. 53-83.

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS (1999): "Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional", en *Ius et Praxis*, Año 5 N° 2: pp. 353-361.

CORBERA, MICHAEL (1993): "In the Wrong Place, at the Wrong Time: Problems with the Inter-American Court of Human Rights Use of Contentious Jurisdiction", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 25: pp. 919-950.

CRUZ FUENZALIDA, FRANCISCO (2009): "El régimen de tratados internacionales promovido por la reforma constitucional 2005, alcances y desafíos", en *Diplomacia*, N° 121: pp. 97-108.

CRUZ-COKE OSSA, CARLOS (2002): "Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional", en *Actualidad Jurídica*, Año III N° 6: pp. 137-145.

DEL TORO HUERTA, MAURICIO (2007): "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano", en Manuel BECERRA RAMIREZ (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento* (D.F México, UNAM) pp. 23-61.

DELGADO, JORGE LUIS (1999): "The Inter-American Court of Human Rights", en *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 5: pp. 541-549.

DOWDLE, MICHAEL (2006). *Public Accountability: Designs, Dilemmas and experiences* (Cambridge Studies in Law and Society).

DWORKIN, RONALD (1996): *Freedom's Law* (New York, Harvard University Press).

ELSTER, JON (1984): *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality* (New York, Cambridge University Press).

ELY, JOHN H. (1980): *Democracy and Distrust* (New York, Harvard University Press).

FALLON, RICHARD H. Jr. (2008) "Core of an Uneasy Case for Judicial Review", *Harvard Law Review*, vol. 121: pp. 1693-1736.

FEREJOHN, JOHN (1999): "Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence", en *Southern California Law Review*, vol. 72: pp. 353-384.

FEREJOHN, JOHN, y KRAMER, LARRY (2002): "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint", en *N.Y.U Law Review*, vol. 77: pp. 962- 1039.

FERMANDOIS, ARTURO (2003): "El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 3: pp. 471-489.

FERNÁNDEZ, GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2003): "Visión prospectiva en relación con la regulación constitucional de los tratados internacionales", en *Ius et Praxis*, Año 9 N° 1: pp. 485-511.

FREY, BRUNO S. (1997): "The public choice of international organizations", en MUELLER, Dennis C: *Perspectives on Public Choice* (Cambridge, Cambridge University Press): pp. 106-122.

GAMBOA SERAZZI, FERNANDO (2000): "Derecho Internacional y Derecho Interno", en *Actualidad Jurídica*, Año I N° 2: pp. 23-31.

GARCIA G., JOSÉ FRANCISCO (2007): "Tres Aportes Fundamentales de El Federalista a la Teoría Constitucional Moderna", en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 20, N° 1: pp. 39-59.

GARCIA ROCA, JAVIER (2007): "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 20: pp. 117-143.

GLENDON, MARY ANN (2003): "The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16: pp. 27-39.

HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM (2009) *Las fuentes formales del Derecho* (Santiago, Legal Publishing).

HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM (2008): "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", en *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 2: pp. 73-119.

HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM (2007): "Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales", en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1: pp. 119-126.

KRAMER, LARRY (2004): *The People themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York, Oxford University Press).

LANDA ARROYO, CÉSAR (2005) *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Perú, Palestra Editores).

LYNDA, FROST (1992) "The Evolution of The Inter-American Court of Human Rights: Reflections of Present and Former Judges", en *Human Rights Quarterly*, vol. 14, N° 2: pp. 171-205.

MAC-CLURE, LUCAS (2011) "Tribunal Constitucional y los derechos: la discusión pendiente", en SIERRA y MAC-CLURE *Frente a las Mayorías. Leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (Santiago, CEP, CIEPLAN, LyD, PNUD, Project America, Auditoría a la Democracia) pp. 171-275.

MEDINA, CECILIA (1990) "The Inter-American Commission on Human Rights and The Inter-American Court of Human Rights: Reflections on a Joint Venture", en *Human Rights Quarterly*, vol. 12: pp. 440-464.

MOHOR, SALVADOR, y VARAS, PAULINO (2000): "Corte Penal Internacional: Evaluación crítica y cuestiones constitucionales", en *Temas de Derecho*, Año XV, N° 1 y 2: pp. 97-124.

MONSÁLVEZ MÜLLER, ALDO (2002): "Recepción y jerarquía en Chile de los tratados internacionales sobre derechos esenciales", en *Actualidad Jurídica*, Año III N° 6: pp. 147-154.

NAGEL, THOMAS (2005): "The Problem of Global Justice", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, N° 2: pp. 113-147.

NEUMAYER, ERIC (2005): "Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?", en *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 49, N° 6: pp. 925-953.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (1993): "Constitución y Derecho Internacional de los derechos humanos", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 881-895.

NOGUEIRA, HUMBERTO (1997) *Dogmática Constitucional* (Talca, Editorial Universidad de Talca).

NOGUEIRA, HUMBERTO (2006) *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos* (Santiago, Librotecnia).

NOGUEIRA, HUMBERTO (2010) *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. (Tercera edición, Librotecnia). Tomo I.

NÚÑEZ P., MANUEL (2008): "Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona", en *Ius et Praxis*, Año 14, N° 2: pp. 331- 372.

NÚÑEZ P., MANUEL (2009): "La Función del Derecho Internacional de los Derechos de la Persona en la Argumentación de la Jurisprudencia Constitucional", en *Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXII: 487-529.

NÚÑEZ P., MANUEL (2010): "Sobre la Declaración de Inaplicabilidad de los Tratados Internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad", en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2: pp. 431-464.

PEÑA TORRES, MARISOL (2008): "La aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional Chileno", en *Estudios Constitucionales*, Año 6 N° 1: pp. 205-222.

PEÑA TORRES, MARISOL (2006): *Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: la experiencia chilena a un año después de la reforma de 2005*, 29 de noviembre de 2006 [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2011] Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/ponencias.htm> .

PFEFFER URQUIAGA, EMILIO (1997): "Constitución Política de la República y Tratados Internacionales", en *Ius et Praxis*, Año 2 N° 2: pp. 63-72.

PRECHT PIZARRO, JORGE (1996): "Vino nuevo en odres viejos: Derecho Internacional Convencional y Derecho Interno Chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 2-3, Tomo I: pp. 381-405.

QUIROGA LEÓN, ANÍBAL (2005): "Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno: nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano", en *Estudios Constitucionales*, Año 3 N° 1: pp. 243-262.

RIBERA NEUMANN, TEODORO (2007): "Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1: pp. 89-118.

RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO (1997): "Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos", en *Ius et Praxis*, Año 2 N° 2: pp. 101-112.

RODRÍGUEZ GREZ, PABLO (2000): "El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley", en *Actualidad Jurídica*, Año I N° 1: pp. 47-53.

SAENGER GIANONI, FERNANDO (1993): "Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20 N° 2-3: pp. 647-667.

SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO (2002) *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo VIII.

STITH, RICHARD (2008): "Securing the Rule of Law through Interpretative Pluralism: An Argument from Comparative Law", en *Hasting Constitutional Law Quarterly*, vol. 35: pp. 401-448.

STRASS, DAVID, y SCOTT, RYAN (2007): "An Empirical Analysis of Life Tenure: A Response to Professors Calabresi and Lindgren", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 30: pp. 791-830.

SWEENEY, JAMES (2005): "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era", en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, N° 2: pp. 459-474.

THAYER, JAMES B. (1893) "Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. VII: pp. 129-156.

TUSHNET, MARK (1999): *Taking the Constitution away from the Courts* (New Jersey, Princeton University Press).

TÓRTORA ARAVENA, HUGO (2010): "La Relativa Irrelevancia de la Teoría de la Separación de los Poderes en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ, *Estudios de Derecho Público* (Santiago, Legal Publishing), pp. 117-143.

TRONCOSO REPETTO, CLAUDIO (2000): "La Corte Penal Internacional y el principio de la complementariedad", en *Ius et Praxis*, Año 6 N° 2: pp. 407-417.

TRONCOSO, CLAUDIO, y VIAL, TOMÁS (1993): "Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20 N° 2-3: pp. 695-704.

VARGAS, MANUEL (1983): "Individual Access to the Inter-American Court of Human Rights", en *N.Y.U Journal of International Law and Politics*, vol. 16: pp. 601-617.

VENTURA ROBLES, MANUEL E. (2005) "La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente", *Revista CEJIL, Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Año I, N° 1: pp. 12-26

VERDUGO R., SERGIO (2010): "Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional", en *Actualidad Jurídica*, Año XI, N° 22: pp. 55-100.

VOETEN, ERIK (2007): "The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights", en *International Organizations*, vol. 61: pp. 669-701.

WALDRON, JEREMY (1999): *Law and Disagreement* (New York, Oxford University Press).

WALDRON, JEREMY (2006): "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, N° 6: pp. 1346-1406.

ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

2. Sentencias citadas

2.1 Del Tribunal Constitucional Chileno

TC, rol 567 del 3 de junio del 2010

TC, rol 740 del 18 de abril del 2008

TC, rol 790 del 11 de diciembre del 2007

TC, rol 807 del 4 de octubre del 2000

TC, rol 986 del 30 de enero del 2008

TC, rol 1130 del 7 de octubre del 2008

TC, rol 1254 del 29 de julio del 2009

TC, rol 1288 del 25 de agosto del 2009

TC, rol 1295 del 6 de octubre del 2009

TC, rol 1361 del 31 de marzo del 2007

TC, rol 1365 del 8 de abril del 2010

TC, rol 1656 del 1 de septiembre del 2009.

TC, rol 1683 del 4 de enero del 2011

TC, rol 1732 del 21 de junio del 2011 (acumulado rol 1800)

TC rol 1800 del 21 de julio del 2011 (acumulado rol 1732)

TC, rol 1881 del 3 de noviembre del 2011

TC, rol 1988 del 24 de junio del 2011

2.2. De la Corte Interamericana de DD.HH.

Olmedo Bustos y otros v. Chile, 2001, Serie C N° 73

Palamara Iribarne v. Chile, 2005, Serie C N° 135

Claude Reyes y otros v. Chile, 2006, Serie C N° 151

Almonacid Reyes y otros v. Chile, 2006, Serie C N° 154

Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil, 2010, Serie C N° 219

Cabrera García y Montiel Flores v. México, 2010, serie C N° 220

Gelman v. Uruguay, 2011, Serie C N° 221

3. Otros

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2011) *Informe 2011*, fecha de publicación en página web 28 de octubre de 2011 [Fecha de Consulta 3 de noviembre de 2011] <http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *Informe Anual 2009 de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 23 de marzo del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm>

SERVICIO ELECTORAL (2009) *resultados electorales elecciones de diputados y elecciones presidenciales*, fecha de publicación en la web 1 de abril del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: http://www.servel.cl/controls/neochannels/neo_ch1/neochn1.aspx

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011) *composición Corte Interamericana de Derechos humanos*, fecha de publicación en la web 1 de diciembre del 2011 (se actualiza permanentemente) [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011] Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (2006, 2007 y 2009) *curriculum de los jueces actuales*, fecha de publicación en la web difiere conforme el juez [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://scm.oas.org/es.asp>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009) *convención interamericana de derechos humanos ratificaciones y denuncias*, fecha de publicación en la web enero 20 del 2009 [fecha de consulta 2 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/Basicos3.htm>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *jueces que han integrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, fecha de publicación en la web 3 de junio del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/jueces.pdf>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) *miembros de la CIDH*, fecha de publicación en la web 9 de septiembre del 2010 [fecha de consulta 1 de diciembre del 2011]. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Miembros%20anteriores.htm>