

REFLEXIONES
SOBRE EL DERECHO COMPARADO
EN EL ÁMBITO
DEL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS,
SUS ALCANCES
A NIVELES JURISPRUDENCIALES
Y CONSTITUCIONALES.
COMENTARIOS GENERALES

REFLECTIONS ON COMPARATIVE LAW
IN THE SCOPE OF THE INTER-AMERICAN
HUMAN RIGHTS SYSTEM,
ITS SCOPE AT JURISPRUDENTIAL
AND CONSTITUTIONAL LEVELS.
GENERAL COMMENTS

*Juan Pablo Crisóstomo**

RESUMEN: El artículo comenta desde un ejercicio práctico y en el contexto del derecho comparado en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la evolución de la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte IDH, en lo que se refiere a la interpretación de los instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos, y los principios y doctrinas que han surgido de esa actividad que entrelaza lo jurídico con lo sociológico e incide en lo político, configurando estándares de conducta no recogidos por los instrumentos convencionales. Destaca la conveniencia de que el SIDH de certeza jurídica y social y coadyuve a que los Estados puedan desarrollar en forma efectiva un real respeto y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con sus propias circunstancias y realidades, tarea progre-

* Exministro consejero @ del Servicio Exterior de la República. Correo electrónico: jpcrisostomo@hotmail.com

siva que involucra derechos económicos, sociales y culturales, elementos fácticos y normativos, y a toda la sociedad.

PALABRAS CLAVE: sistema interamericano de derechos humanos; estándares interamericanos de derechos humanos; Estado de derecho; Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos

ABSTRACT: The article comments from a practical exercise and in the context of Comparative Law in the Inter-American Human Rights System (IAHRS), the evolution of the practice of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, with regard to the interpretation of conventional instruments for the protection of Human Rights, and the principles and doctrines that have emerged from this activity that intertwines the legal with the sociological and affects the political, setting standards of conduct not included in conventional instruments. It underlines the convenience of the ISHR to provide legal and social certainty and to help States to effectively develop a real respect and promotion of human rights, according to their own circumstances and realities, a progressive task that involves economic, social and cultural rights, factual and normative elements, and society as a whole.

KEYWORDS: Inter-American System of Human Rights; standards of human rights; rule of law; Commission and the Inter-American Court of Human Rights; American Convention on Human Rights (ACHR).

INTRODUCCIÓN

Desde hace ya varios años la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha venido citando en sus sentencias normas constitucionales, leyes y jurisprudencia de los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (CADH), utilizadas para facilitar su conocimiento de cómo se interpretan en el ámbito nacional las normas convencionales y cómo estas reflejan o se reflejan en las prácticas internas. En un principio habíamos considerado recapitular ese procedimiento, ya que plantea varias interrogantes relativas, por ejemplo, a las reglas de interpretación de los tratados de derechos humanos, al tema del *corpus iuris interamericano*, a la determinación de apreciaciones jurídicas comunes a los Estados y si estas son efectivamente acogidas por ese tribunal, vale decir, si hay o no una suerte

de *diálogo judicial*. Sin embargo, ese estudio supera un texto de este carácter; en consecuencia, nos limitaremos a exponer ciertos aspectos de interés vinculados a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Los comentarios que siguen están formulados desde nuestra experiencia durante el desempeño como director de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, organismo al que le corresponde la representación y la gestión de los asuntos vinculados con la defensa de los intereses de Chile ante los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos, responsabilidad que tuvimos cargo en forma previa a la creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos, y con posterioridad a esta.

La Subsecretaría de Derechos Humanos creada mediante la Ley n.º 20885, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de enero de 2016, tiene entre sus funciones la de:

“Prestar asesoría técnica al Ministerio de Relaciones Exteriores en los procedimientos ante los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos”,

y la de:

“Colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores en la elaboración y seguimiento de los informes periódicos ante los órganos y mecanismos de derechos humanos, en la ejecución de medidas cautelares y provisionales, soluciones amistosas y sentencias internacionales en que Chile sea parte, y en la implementación, según corresponda, de las resoluciones y recomendaciones originadas en el Sistema Interamericano y en el Sistema Universal de Derechos Humanos, sin perjuicio de las atribuciones de otros órganos del Estado”.

La Dirección de Derechos Humanos trabaja estrechamente con esa participación, en particular con su División de Protección, así como con otras reparticiones públicas en la medida que tengan incidencia o competencia en los asuntos y casos que le toca conocer.

La gestión de los intereses de Chile ante las entidades que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y Corte IDH, que conforman una unidad en la defensa del respeto y promoción de los derechos humanos, como en la reparación de sus eventuales violaciones, requiere conocer no solo el derecho y las prácticas nacionales, sino, además, los sustentos de las actuaciones de esas entidades, la jurisprudencia de otras judicaturas de la región y como otros sistemas internacionales se han pronunciado en asuntos similares.

Recogiendo lo señalado por Manuel E. Ventura Robles en su texto “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, la primera lo

hace desde sus “[...] funciones políticas y cuasi judiciales” y la segunda desde sus “[...] funciones contenciosas y consultiva”¹. Las funciones *políticas* de la CIDH refieren a sus obligaciones como órgano de promoción y protección de los derechos humanos. Su práctica frente a las convulsiones sufridas por la democracia durante la década de 1970, destacó ese papel. Por otra parte, la elección de los integrantes de ambos organismos no escapa a ese criterio y supone negociaciones de ese carácter. El procedimiento debería modificarse, aunque no es fácil encontrar una fórmula debido a la desconfianza entre los Estados y las organizaciones de la sociedad civil, algunas teñidas de un activismo político que muchas veces no ayuda a la causa de los derechos humanos frente al público general. Chile no es ajeno a esa realidad.

Actualicemos la memoria respecto a cómo se conformó el orden internacional que cautela los derechos humanos. Luego de la Segunda Guerra Mundial los derechos humanos comienzan a tener un lugar en la agenda internacional. La Carta de las Naciones Unidas incluirá la promoción del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Luego, se adoptarán la Convención para la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio, el 9 de diciembre de 1948 y, al día siguiente, la Declaración Universal de Derechos Humanos. Después surgirán: la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) y, un año después, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si observamos los mecanismos de la Convención sobre la Discriminación Racial y de los Pactos, el primero de los cuales contempló el Comité de Derechos Humanos, foro de supervisión de su aplicación por los Estados partes, estos siguen una lógica no intrusiva respecto a la soberanía de los últimos.

En 1975, el acta final de la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa o Conferencia de Helsinki, introdujo los derechos humanos en la agenda de las relaciones Este-Oeste; de las bases del Grupo de Helsinki derivarían la Federación Internacional de Helsinki y Human Rights Watch.

En 1977, el presidente Jimmy Carter incorporó los derechos humanos como una prioridad para la política exterior de Estados Unidos. Siguen nuevos tratados como: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Asimismo, surgen representantes especiales y relatores para estudiar la situación de los derechos humanos en diversos países. Destaca, también, la actividad de Organizaciones No Gubernamentales (ONG).

¹ VENTURA (2014).

Amnistía Internacional recibe en 1977 el Premio Nobel de la Paz y en 1978 el Premio de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Hoy, la ONU tiene como sistemas de supervisión de derechos humanos a los diez órganos de tratados y a los órganos creados por la carta. Los primeros supervisan la aplicación de los tratados básicos internacionales de derechos humanos. Los segundos incluyen el Consejo de Derechos Humanos, los Procedimientos Especiales, el Examen Periódico Universal y las Investigaciones Independientes.

El fundamento de los derechos humanos incide en la interpretación de las declaraciones y tratados de que son destinatarios. No es una cuestión baladí. El papa Benedicto XVI el 18 de abril de 2008 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, señaló:

“[...] los derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales. Al mismo tiempo, la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos sirven como garantía para la salvaguardia de la dignidad humana”.

Mas adelante manifestó:

“La Declaración Universal tiene el mérito de haber permitido confluir en un núcleo fundamental de valores y, por lo tanto, de derechos, a diferentes culturas, expresiones jurídicas y modelos institucionales. No obstante, hoy es preciso redoblar los esfuerzos ante las presiones para reinterpretar los fundamentos de la Declaración y comprometer con ello su íntima unidad, facilitando así su alejamiento de la protección de la dignidad humana para satisfacer meros intereses, con frecuencia particulares. La Declaración fue adoptada como un ‘ideal común’ (preámbulo) y no puede ser aplicada por partes separadas, según tendencias u opciones selectivas que corren simplemente el riesgo de contradecir la unidad de la persona humana y por tanto la indivisibilidad de los derechos humanos”.

Lo anterior es una guía tan importante como los principios positivos del derecho, recordándonos que la forma como se aplican las normativas cautelares es un tema muy sensible.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

América Latina no fue ajena a esos movimientos. El contenido de las resoluciones XL y XLI, de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y

de la Paz o Conferencia de Chapultepec (Ciudad de México, 21 de febrero-8 de marzo de 1945), destinado a salvaguardar las garantías individuales, fue incorporado a la Carta de las Naciones Unidas y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 30 de marzo - 2 de mayo de 1948), se suscribió la Carta de la OEA y se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. También se aprobó la resolución número xxxi, recomendando que el Comité Jurídico Interamericano elaborara un proyecto de estatuto para la creación de una corte interamericana destinada a garantizar los derechos del hombre.

En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA (Santiago de Chile 12-18 de agosto de 1959), se creó la CIDH. La Segunda Conferencia Internacional Americana de 1965, autorizó a la CIDH para que examinara las denuncias que le fueran dirigidas; en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 15-27 de febrero de 1967), se reformó la Carta de la OEA y se dio a la CIDH la categoría de órgano de la organización. En 1969 (San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre), los Estados adoptaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (CADH).

La CADH, luego de establecer que la CIDH y la Corte IDH son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención, es clara sobre las facultades de la Corte. En su artículo 62 3. dispone:

“La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

En tanto, el artículo 64 reza:

“1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

Años después, en 1988, la CADH fue complementada con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –Protocolo de San Salvador–, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 (en Chile fue promulgado el 5 de septiembre de 2022), a los cuales se añadirán otros instrumentos. Se estructuró así el SIDH, que se integra al régimen global de protección de los derechos humanos.

La CIDH y la Corte IDH son los mecanismos por antonomasia del SIDH. Respecto a su naturaleza, la primera como órgano de la OEA tiene funciones relacionadas con los Estados miembros de la entidad; como mecanismo de la CADH sus funciones son aplicables a los Estados parte de esta. Sus responsabilidades pueden ser consultadas en su página web.

La Corte IDH es un ente autónomo que interpreta y aplica la CADH. Cumple funciones contenciosas y consultivas. Dentro de la primera se encuentra la resolución de litigios, previo conocimiento de la CIDH, y el mecanismo de supervisión de sentencias, roles que ya hemos mencionado.

Ambos mecanismos están estrechamente relacionados. La CIDH tiene un importante papel vinculado al aspecto contencioso de la Corte, pues esta no puede recibir presentaciones individuales de manera directa. La Corte IDH no está vinculada por lo resuelto por la Comisión, sino que decide de acuerdo con su propia apreciación². Ese trabajo conjunto, que se caracteriza por la evolución de sus análisis y resoluciones, se proyecta a todas las ramas del derecho, afecta las normativas nacionales y tiene incidencia en las políticas públicas de los Estados. Ello es notorio en los contenidos de los informes de la CIDH tanto en materia de casos como en su ejercicio en general, y en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH.

MARCO NORMATIVO

En 1925 la Corte Permanente de Justicia Internacional se pronunció sobre la incorporación del derecho que surge de los tratados al derecho nacional, y a lo largo del tiempo acuñó diversos principios. Por ejemplo, que las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado internacional debidamente suscrito y ratificado por un Estado, que además estas obligan a todo el Estado y a todos los agentes del Estado³. Esos principios fueron recogidos por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y rigen los derechos y obligaciones de los Estados en la materia.

² CORTE IDH (1987) sentencia de 26 de junio de 1987.

³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2008) rol n.º 943-07.

En sus comienzos, la CIDH y la Corte IDH tuvieron a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como única referencia regional, hasta la entrada en vigor en 1978 de la CADH, la que durante trece años sería la única fuente de derecho positivo en nuestro continente para fiscalizar el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados americanos.

Hoy cuentan con una serie de instrumentos a aplicar al considerar los casos que le son sometidos. Estos han ido convirtiendo en derecho positivo el contenido de la Declaración Americana, conformando la normativa continental en estas materias. A saber: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo de San Salvador: Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, la Convención Interamericana Contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

A esos instrumentos se añaden como referentes de consulta: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión; pronunciamientos, informes de admisibilidad, recomendaciones y opiniones consultivas emitidos por la CIDH. Y también resoluciones adoptadas en el marco de las asambleas generales de la OEA, como la Carta Democrática Interamericana y la Carta Social de las Américas, aprobadas por los cancilleres de los países miembros, y que no conllevan la ratificación de sus poderes legislativos. Sin embargo, la Comisión y la Corte han establecido que constituyen fuentes de obligaciones internacionales para los Estados miembros, los que no tienen obligación jurídica de cumplir con sus estipulaciones, aunque sí un compromiso ético y moral. Respecto a su operatividad, cabe recordar el artículo 38 de la Corte IDH, que damos por reproducido.

La Corte IDH en su opinión consultiva 2 de 1982 (OC 2/82) relativa al “Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, expresó:

“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el bene-

ficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos [...]”.

En ese marco, y conociendo como negocian los Estados en materia de tratados internacionales, en particular en lo relacionado con la cesión de soberanía en el campo de las normativas nacionales, una pregunta válida se refiere, ¿a cuánto de su albedrío legal estuvieron dispuestos a ceder? La CIDH y la Corte IDH por el contenido de sus informes, resoluciones, opiniones y sentencias, se muestran convencidas de que ello no tiene límites, fundamentalmente por las declaraciones contenidas en el Preámbulo de la CADH. Como dicen Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller:

“Es así que, con el devenir de los años, la labor de la Corte Interamericana la ha ido convirtiendo poco a poco en un tribunal encargado de crear las bases jurídicas de convivencia mínima en el continente, el llamado *ius constitutionale commune*, basado en el respeto y garantía irrestrictas de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana y los otros tratados que complementan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”⁴.

Muy complejo, ya que parece constituir una suerte de *Diktat*, más aún cuando, en un contexto democrático, no existe un órgano superior ante el cual recurrir las sentencias de la Corte IDH.

El consentimiento de los Estados es esencial para la formación de las normas y obligaciones internacionales; ahora, en lo que se refiere al *consensus comun*, es posible afirmar la existencia de una eficacia normativa *erga omnes* en el caso de ciertos tratados internacionales y de ciertas costumbres internacionales de carácter universal. Hay, además, normas imperativas del derecho internacional (*ius cogens*), que, al cautelar un interés general cuya protección es responsabilidad de toda la comunidad internacional, excluyen toda posibilidad de derogación⁵.

⁴ STEINER y URIBE (2014).

⁵ NACIONES UNIDAS (1969) artículos 53 y 64.

Hoy la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos se proyecta a todas las ramas del derecho y sobre toda actividad social, siendo uno de sus alcances más trascendentes, en el ámbito interamericano, la invalidez de sentencias dictadas por los tribunales locales. Ello ha abierto vertientes importantes para estudios de derecho comparado: cómo se integran los tratados internacionales de derechos humanos en las legislaciones nacionales; normas internacionales frente a las normas internas; los órganos cautelares y la interpretación de los contenidos de los TI; obligaciones *erga omnes* versus obligaciones *inter partes*; *soft law* y jurisprudencia nacional; derechos implícitos y otros temas.

Existen artículos y tesis relativas a diversos asuntos de interés en la relación Estados versus CIDH y Corte IDH, entre ellos sobre su labor de interpretación y aplicación del derecho, no siempre pacífica, y también sobre el derecho comparado involucrado. Asimismo, se han llevado a cabo en varios países del continente, Chile incluido, seminarios y conferencias en beneficio de la mejor relación y correspondencia en el ámbito del derecho entre esas entidades y las sedes nacionales.

EL ESTADO

Y LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

El Estado es el principal responsable del respeto, promoción y protección de los derechos humanos. Si bien todos sus agentes tienen su cuota de responsabilidad en esa obligación, el sistema judicial tiene un papel fundamental. El Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 18 señala:

“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

Sobre esa base, así como en la doctrina de la Iglesia católica en la materia, enunciada por Pío XI en la encíclica *Quadragesimo Anno* (sobre la restauración del orden social), la jurisdicción de los mecanismos cautelares de derechos humanos tiene un carácter subsidiario de la jurisdicción estatal, vale decir, debe aplicarse solo cuando el sistema interno no ha sido eficiente ante violaciones de derechos fundamentales. Los organismos cautelares intervienen en un papel rectificador, reparador y orientador, pero sus interpretaciones jurídicas han ido invadiendo en forma paulatina el campo soberano del Estado, a veces ignorando las realidades socio-políticas.

En Chile la protección de los derechos humanos está tutelada en la Constitución Política del Estado (CP), que en su artículo 5.º, inciso 2.º, señala:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La normativa chilena, en coincidencia con el concepto de las Naciones Unidas, entiende por *derechos esenciales* aquellos que emanan de la naturaleza humana.

Las actuaciones de los organismos cautelares interamericanos no solo tienen alcances constitucionales y jurídicos, sino sociales y políticos. Es claro que el papel de la Corte IDH es rectificar los casos en que el derecho haya sido mal aplicado o respecto a los cuales no se hayan considerado normas obligatorias para el Estado e incidan en irrespeto a derechos humanos. El derecho comparado nos muestra que el artículo 62 de la CADH es entendido por ese tribunal en sentido dinámico y sociológico; sus interpretaciones no parecen tener límites y no dejan de ser consideradas intrusivas, cuestionándose su legitimidad normativa. Hay un claro vacío legal al no existir tampoco un medio de rectificación de una resolución de la Corte IDH que tenga un vicio de derecho, particularmente cuando se priva al Estado de ejercer su derecho inicial a defensa, sin causa justificada. Este es un tema que creemos debería repensarse, ya que no se puede atribuir la infalibilidad bíblica a un tribunal de este carácter⁶.

Nuestra CP no contiene normas ni principios sobre criterios interpretativos elaborados por órganos jurisdiccionales internacionales. Tampoco el Tribunal Constitucional ha establecido el valor que le asigna a la jurisprudencia de la Corte IDH. En definitiva, lo que importa es la recta vinculación, complementación y coordinación entre los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y las normativas internas, de manera de contar con normas y políticas precisas para prevenir, sancionar y rectificar violaciones a los derechos humanos. Y ahí cobra importancia el derecho comparado.

⁶ Por ejemplo, el caso Pávez Pávez vs Chile en su desarrollo en la Corte IDH tuvo un “irrito” grave de derecho al privarse al Estado de su derecho de defensa inicial al no considerar que el hecho de que esa entidad no hubiese recibido en tiempo el escrito de defensa del Estado, no fue responsabilidad de este, sino resultado de un error en el sistema de intercomunicación informática, pese a haberse entregado los informes que certificaban esa situación.

TEMAS DE INTERÉS EN EL DERECHO COMPARADO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ya apuntamos, las relaciones entre el SIDH y los sistemas nacionales son objeto de estudios de derecho comparado respecto a, entre otras materias: integración de los tratados internacionales de derechos humanos en las legislaciones nacionales, nivel de la norma internacional frente a la norma interna, interpretación de los acuerdos por los órganos cautelares, obligaciones *erga omnes* versus obligaciones *inter partes*, la *soft law*, la jurisprudencia de la Corte IDH como fuente de derecho internacional. Son temas que mantienen su actualidad y que son sujetos a permanentes revisiones y análisis doctrinarios. Nos detendremos en algunos de ellos.

1. Aspectos constitucionales

En 1925, la Corte Permanente de Justicia Internacional se pronunció sobre la incorporación del derecho que surge de los tratados internacionales (TI) al derecho nacional. Luego, acuñaría diversos principios, los que fueron recogidos por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Uno de ellos establece que las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un TI debidamente suscrito y ratificado por un Estado; otro apunta que su alcance obliga a todo el Estado y a todos sus agentes. La subsunción del contenido de los TI de derechos humanos con las obligaciones tipificadas en las legislaciones nacionales es una de las materias más importantes a considerar.

Las disposiciones constitucionales chilenas en materia de TI son concisas. No existe un sistema de incorporación de estos al ordenamiento jurídico nacional, salvo lo preceptuado por la Constitución en los artículos 32 n.º 15 y 54 n.º 1, como tampoco normas sobre la jerarquía entre los sistemas internacional e interno o sobre la interpretación y aplicación del derecho internacional. Ello ha llevado al desarrollo de estas materias jurisprudencial y doctrinariamente.

Hay distintas posturas sobre el nivel que deberían ocupar los TI en nuestro ordenamiento jurídico. Parte de la academia respalda la superioridad de la CP ante estos, argumentando que adoptan el rango jurídico de la norma que los incorpora al derecho interno. Otra parte sostiene que se convierten en normas de aplicación preferente sobre las normas generadas por el Estado, según lo que dispone la Constitución en su artículo 54 n.º 1, inciso 5.⁷ No hay duda de que eso es así en cuanto a los derechos esenciales, pues representan un lí-

⁷ NOGUEIRA (2013).

mite objetivo a la soberanía estatal⁸. La disposición del inciso 2.º del artículo 5.º ha servido de argumento tanto a quienes sostienen la superioridad de la CP como a los partidarios de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. Hay quienes estiman que el artículo 54 n.º 1 permite acercarse a esa interpretación en cuanto dispone:

“Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”.

Esta norma cautela el principio de *intangibilidad* de los tratados, pero no significa que le otorgue a la normativa internacional una condición preferente.

La doctrina nacional ha estimado que el TI tiene jerarquía de ley, es decir, consagra la preeminencia de la CP, lo que fue recogido por el Tribunal Constitucional. Este ha ido evolucionando hacia un reconocimiento de una naturaleza propia de un TI respecto de la ley. En lo que se refiere a normas sobre derechos humanos hay una clara tendencia en pro de su jerarquía constitucional, en particular en las resoluciones de la Corte Suprema. Esta ha interpretado que tienen la misma jerarquía que la Constitución, luego ha sostenido que los TI sobre derechos humanos son normas complementarias a aquella, e invocando el núcleo duro del *ius cogens*, les reconoce preeminencia sobre el derecho interno. Recordemos que la CADH en su Preámbulo señala que la protección internacional de los derechos esenciales es de “naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

Se sostiene que en Chile no existe recepción automática de los tratados internacionales y que incorporados por las vías que se indican en la Constitución, deben respetar esa norma superior, doctrina que compartimos. El fallo del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional dicta:

“la reforma constitucional de 1989 al artículo 5º inciso segundo de la Carta Fundamental, en caso alguno reconoció que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental”.

Para el TC sí se requirió modificar la Carta Fundamental para suscribir el Estatuto de Roma:

“[...] es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente

⁸ PFEFFER (2003).

susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad, en la medida que se cumplan los demás requisitos que la Constitución establece para ello.”

Pero también en ese fallo señala que la Corte Penal Internacional puede ser calificada como *un Tribunal Supranacional* distinguiéndola de los tribunales internacionales establecidos en TI ratificados por Chile, como la CADH o el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, destacando que estos “no tienen una supervigilancia correctiva o sustitutiva de las resoluciones de los tribunales nacionales”⁹. Sobre este punto nos permitimos llamar la atención al acuerdo del Pleno de la Corte Suprema en el caso Norín Catrیمان, aunque los criterios judiciales son variables por naturaleza.

La CP en su artículo 93 inciso 1.º entrega al Tribunal Constitucional:

“Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”.

Ello no ocurriría si su valor fuere igual o superior a la Constitución. Chile está comprometido con los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y ha reconocido la obligación de cautelar esos derechos, así como la competencia de los organismos supervisores del cumplimiento de las obligaciones adquiridas, de manera que no le es posible invocar el derecho interno para eludirlos, sino que debe coordinarlos y armonizarlos con su legislación. Ahora, al Estado le corresponde la interpretación inicial del alcance de esas obligaciones, en lo cual puede, evidentemente, equivocarse.

Humberto Nogueira sostiene:

“la Constitución chilena no determina la validez de un tratado internacional, sólo posibilita su incorporación al derecho interno sin dejar de ser dicho tratado norma de derecho internacional, posibilitando su aplicabilidad preferente frente a las normas jurídicas de derecho interno una vez válidamente incorporado al ordenamiento jurídico nacional”¹⁰.

A nuestro juicio, la aplicación de las normas de los TI no responde a una condición preferente ante la norma nacional, sino al hecho de que por disposición constitucional son parte del ordenamiento jurídico (inciso 2.º del artículo 5.º), y tienen similar respaldo que las normas adoptadas de acuerdo con el pro-

⁹ Véase NOGUEIRA (2002).

¹⁰ NOGUEIRA (2013).

cedimiento regular, siendo aplicable el concepto de derogación tácita de las normas que les son contradictorias, salvo la excepción ya mencionada.

Andrea Vargas Cárdenas recoge que según Claudio Nash y otros tratadistas la reforma constitucional del año 2005, que reemplazó al artículo 50.1 por el nuevo artículo 54.1, habría aclarado los problemas de interpretación referidos a la naturaleza de los TI, diferenciando entre ley y tratados como fuentes de derecho diversas. Asimismo, cita que hay consenso entre muchos tratadistas respecto a que los TI tendrían preeminencia sobre el derecho nacional, con excepción de la CP¹¹. No obstante, el debate respecto de si considerar con rango constitucional a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales y ratificados por Chile, es decir, al mismo nivel de la Constitución, permanece.

Francisco Cumplido, que intervino en la redacción a la reforma del artículo 5.º, recordaba que en la historia de esa disposición constitucional quedó constancia:

“[...] que la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana. De conformidad a lo expuesto, le dábamos a los referidos tratados el carácter de vinculantes para todos los órganos del Estado, ya que debían no sólo respetarlos, sino que también promoverlos”.

La Corte Suprema sancionó lo anterior en sentencia dictada el 30 de enero de 1996, la que señaló:

“Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”¹².

Durante el transcurso del proceso de reforma constitucional hubo varios estudios sobre la CP y el derecho internacional de los derechos humanos. Los proyectos del año 2022 y de 2023 reflejaron posiciones bastante diversas,

¹¹ VARGAS (2024).

¹² LLANOS y RIVEROS (2021)

dejando en evidencia que no hay consenso político en la materia. Hay un interesante artículo de Raúl Campusano Droguett y de Ignacio Carvajal Gómez sobre este tema, cuya lectura sugerimos a los interesados¹³.

Es interesante conocer la forma como los países que han aceptado la competencia de las instituciones que conforman el SIDH, se han planteado frente a la cuestión anterior, considerando la importancia de contar con normas y políticas precisas para prevenir y sancionar violaciones a los derechos humanos. Las Constituciones de Bolivia y Venezuela establecen la supraconstitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos, pero ello no incide en un verdadero respeto de estos.

En consecuencia, hay que buscar maneras de evitar o superar interpretaciones que pongan en duda la competencia, por razones de orden constitucional, de quienes están llamados a la aplicación de los TI de derechos humanos, en particular cuando las decisiones de los órganos cautelares parecen invadir el campo propio de los legisladores y de las magistraturas nacionales, a través de interpretaciones y argumentos que pueden ser considerados intrusivos.

2. Control de convencionalidad

Esta doctrina fue acuñada por la Corte IDH en su sentencia en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, del 26 de septiembre de 2006, y ha sido tratada en el ámbito del derecho comparado. Afirma que jueces y tribunales internos, cuando un Estado ha ratificado un TI como la CADH, al juzgar casos sobre derechos humanos, debe hacer un examen previo de compatibilidad entre las normas internas aplicables y las del TI, con “[...] especial consideración de la interpretación auténtica realizada por la Corte Interamericana”. Pero ya en el año 2003, en el fallo del caso *Myrna Mack Chang con Guatemala*, numeral 27, hablaba del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

En noviembre de 2006, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, la Corte atestó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un “control de constitucionalidad”, sino, también, de convencionalidad “*ex officio*” entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

La Corte IDH ha seguido ahondando en el asunto. Podemos ver en sentencias como el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 2010, que aquel ya no solo debería ser ejercido por el Poder Judicial, como prescribió en los casos anteriores, sino que ahora alcanza a “los órganos vinculados a la ad-

¹³ CAMPUSANO y CARVAJAL (2021).

ministración de justicia en todos sus niveles”. En el caso *Gelman vs. Uruguay*, del año 2011, la Corte estableció que el control de convencionalidad debe efectuarlo “cualquier autoridad pública”. Y en el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012), expresó:

“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 los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

Posteriormente reiteraría ese criterio.

Nadie puede discutir que jueces y tribunales internos están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en su ordenamiento jurídico, y en el caso del chileno estas incluyen los TI de derechos humanos debidamente suscritos y ratificados. El control de convencionalidad busca concretar la obligación del Estado de garantizar y dar efectividad a los derechos comprometidos a través de un tratado. De lo contrario, el control lo efectúan los entes cautelares excluyendo en el caso de que se trate, las normas contrarias a la Convención.

Respecto a la fuerza vinculante general de las sentencias de la Corte IDH, esta no es sino una creación jurisprudencial de ese tribunal. La CADH en ningún caso le otorga obligatoriedad general a su jurisprudencia. La Corte IDH es la intérprete última de la CADH, pero solo respecto del caso particular de que conoce, en cuanto no hay recurso de impugnación de sus decisiones. Su jurisprudencia no tiene alcance *erga omnes*, pues, de lo contrario, a través de ella se convertiría en una suerte de legislador supranacional, es decir, con alcance a todos los Estados partes de la CADH. Nos parece que ello va más allá del carácter coadyuvante o complementario de la tutela internacional, y pareciera volver a atribuir a la Corte IDH la cualidad de la infalibilidad. No se puede hacer extensivo el carácter *erga omnes* que tienen las obligaciones que los Estados contrajeron en la CADH y en otros TI de derechos humanos, en cuanto respetar y garantizar los derechos protegidos, y a su deber de adecuar sus ordenamientos jurídicos y la actuación de sus órganos al cumplimiento de aquellos, a la jurisprudencia de la Corte IDH, que por su naturaleza es *inter partes*.

Compartimos la idea de parte de la doctrina que señala que las sentencias de la Corte IDH pueden conformar un sistema de precedentes:

“que posibilita la vinculación interpretativa como parámetro de unidad, igualdad y coherencia del sistema interamericano en la búsqueda de la amplia protección de los derechos humanos”¹⁴.

¹⁴ MACHADO (2017).

En ninguna de las disposiciones de la CADH, o de algún otro tratado regional sobre derechos humanos, encontramos mandatos o facultades que apunten al establecimiento de un cuerpo jurídico interamericano en la materia, lo que podría ser muy deseable en beneficio de los derechos humanos. Por ahora es una creación de la doctrina (voto del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010).

Sin embargo, la doctrina de la Corte IDH ha sido aceptada por tribunales de justicia de la región. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de México reconoció:

“los criterios emanados de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH resultan vinculantes para los Jueces nacionales con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio, toda vez que dotan de contenido a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (expediente Varios 1396/2011).

Ahora, un ejercicio de ese carácter supone criterios comunes en las magistraturas nacionales, pero la realidad indica que los tribunales tienen raciocinios diferentes. Algunos autores apuntan que “el criterio de la Corte Interamericana no es siempre lineal o uniforme, y que quizá contiene algunas desprolijidades preocupantes”¹⁵, y a la variedad de interpretaciones existentes sobre su significado e implicancias en los países de la región. Unos discuten sobre sus fundamentos normativos, otros sobre la naturaleza y alcance de sus efectos.

En síntesis, el control de convencionalidad en cuanto se refiere a comprobar la compatibilidad de las normas internas con la CADH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado es parte, no es en ningún caso un tema controvertible. Puntos debatibles son reconocer su alcance a “cualquier autoridad pública”, así como la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, más allá del caso en la cual fue pronunciada.

Sobre el primer punto, creemos que la posición de Miriam Henríquez Viñas cuando se refiere al “control difuso de constitucionalidad” se puede aplicar al “control de convencionalidad”:

“En mi opinión, la extensión progresiva impulsada por la Corte por medio de sus fallos desde los jueces –como aplicadores del Derecho y eventualmente con facultades para no aplicar una norma en ejercicio del control difuso de constitucionalidad– a toda autoridad pública plantea la ampliación de las facultades de todos los órganos del Estado, los cuales, a partir de este control, tendrán atribuciones jurisdic-

¹⁵ SAGÜÉS (2010).

cionales con competencias invalidatorias o de inaplicación. El efecto descrito contraviene el principio de legalidad que rige en todo Estado de Derecho, en el cual las competencias de los órganos del Estado –y fundamentalmente de aquellos que ejercen jurisdicción– solo pueden ser fijadas por la Constitución o la ley”¹⁶.

Por último, sugerimos a los interesados en el tema leer los comentarios en torno al artículo 5.2 del anteproyecto constitucional propuesto por la Comisión Experta al Consejo Constitucional, de Gonzalo Candia¹⁷.

3. *El margen de apreciación*

El “Margen de apreciación nacional” es un criterio que otorga a los Estados, en forma excepcional, un espacio de discrecionalidad para interpretar obligaciones convencionales de derechos humanos, sobre la base de la soberanía estatal y de las particularidades nacionales. Tiene especial interés en los casos que involucran derechos políticos, económicos, sociales y culturales, o vinculados a aspectos éticos o morales; y está muy vinculado con el control de convencionalidad y con el principio de subsidiariedad.

Esta figura nació en el ámbito del derecho europeo, principalmente en el de los derechos humanos, en casos de conflictos sobre derechos complejos de resolver, vinculados a situaciones de la naturaleza señalada o sobre los cuales no existe consenso. Frente a ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) adoptó el criterio de dejar en manos de los Estados la apreciación del sentido de la norma y la decisión sobre las medidas adecuadas para cumplir las obligaciones adquiridas como partes de la CEDH, como para una restricción eventual de derechos, sin que el sistema internacional lo controversie.

El TEDH utilizó el concepto por primera vez en 1971 (caso De Wilde, Ooms et Versyp contra Bélgica), ocasión en que adujo que el Estado pudo tener razones valederas y necesarias para prevenir infracciones penales contra la moral, la salud y la reputación de otros. Esa línea de jurisprudencia continuó a través del caso Handyside contra Reino Unido, sobre libertad de expresión.

Su alcance en el SIDH es objeto de controversia académica. Está presente en trabajos de la CIDH y unos creen ver el uso de esta figura por la Corte IDH, otros descartan tal posibilidad. Estos últimos estiman que uno de los elementos de la esencia de esa doctrina es la “inhibición” de control por parte del órgano cautelar sobre el alcance de principios y normas indeterminados (as) propios

¹⁶ HENRÍQUEZ (2014).

¹⁷ Véase www.procesoconstitucional.cl

(as) de la protección internacional de derechos humanos, lo que va en contra de la naturaleza de su competencia.

En lo que se refiere a la CIDH, encontramos el concepto en el caso Efraín Ríos Montt vs. Guatemala:

“Considera la Comisión que el contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esta condición de inelegibilidad es la dimensión apropiada para el análisis de la aplicabilidad de la Convención en general, y de sus artículos 23 y 32 al caso sub judice, y de la cual puede surgir el *margen de apreciación* permitido por el derecho internacional”.

Pero la CIDH señaló los límites de la doctrina y su naturaleza excepcional.

En Álvaro José Robelo González vs. Nicaragua (2001), recalcó: “cada Estado estipula, de manera soberana, la normativa sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad”. En ese mismo año, el informe n.º 51 recogió el margen de apreciación en un asunto de *inmigración* (caso 9.903, Rafael Ferrer-Mazorra y otros, Estados Unidos de América). La Comisión:

“acepta que los Estados históricamente han dispuesto de una discreción considerable en el derecho internacional para controlar el ingreso de extranjeros a su territorio. Pero esto no significa que la discreción no tenga que ser ejercida de conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos” (párrafo 177).

También destaca sus límites. En el informe n.º 8/16 en Manickavasagam Suresh/Canada sobre privación de libertad, numeral 72, refiere “[...] que las autoridades deben disponer de un margen muy reducido y limitado de discrecionalidad”.

Por su parte, la Corte IDH en la opinión consultiva 4/1984, concluyó que el Estado goza de un margen de apreciación para el establecimiento de requisitos para la naturalización de extranjeros o para precisar los imperativos del bien común, al momento de realizar una distinción de trato. Al analizar casos posteriores a esa fecha: *Baby Boy vs. Estados Unidos*, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Perozo vs. Venezuela*, se aprecian referencias que pueden llevar a estimar que la doctrina se hizo presente en ese tribunal. Sin embargo, si bien existe el reconocimiento de un espacio de implementación nacional para dar cumplimiento a los derechos convencionales no está presente la “inhibición de control”. En los casos *Castañeda Gutman contra Méjico* y *Lori Berenson vs. Perú*, se nota con mayor claridad la presencia de esta figura.

En el caso *Mémoli vs. Argentina* (2013), la Corte concluyó que las condenas impuestas por el Estado no configuraron una violación a la libertad de

expresión, sino que estaban dentro de los parámetros de la Convención, y reconoció un margen de apreciación moderado frente a la libertad de pensamiento y expresión.

La CADH no contiene espacios que identifiquen situaciones en las cuales el control internacional pueda abstenerse de actuar. En consecuencia, los órganos del SIDH no han recogido el empleo del margen de apreciación como un mecanismo ordinario al cual recurrir.

Los derechos de las minorías étnicas, la propiedad colectiva de comunidades indígenas, el aborto, el derecho a la vida, la libertad de expresión, la inmigración irregular, el servicio militar obligatorio, los derechos reproductivos, el matrimonio homosexual, cuestiones relativas a la discrecionalidad y sus límites para que el Estado restrinja derechos, la aplicación de las obligaciones internacionales en contextos de conflicto o el reconocimiento de derechos vinculados con controversias morales, son temas en los cuales los Estados reclaman un margen de deferencia. Sin embargo, la Corte IDH mantiene su papel definidor del alcance de los contenidos de las normas convencionales sobre el ejercicio y goce de los derechos humanos, y de la evaluación de las restricciones de estos.

Eduardo Vio Grossi (QEPD) distinguido abogado chileno que fue juez de la Corte IDH, en el caso *Duque vs. Colombia* (2016) ante ese tribunal, en su voto señaló que la jurisdicción doméstica o exclusiva del Estado:

“está conformada por todas aquellas materias o facetas de las mismas, no reguladas por el Derecho Internacional, lo que implica, entonces, que en la medida en que una materia es contemplada por este último, deja de ser, en esa medida, un asunto de aquel”.

Añade, en consecuencia, que el derecho internacional no abarca todas las actividades humanas, dejando las que no regula bajo el imperio del derecho nacional o interno.

La aplicación del margen de apreciación pasa por el carácter o naturaleza de las normas afectadas, por su mayor o menor ambigüedad, por la existencia o falta de un consenso internacional, por su contextualización social y cultura.

¿Qué hay tras la posición de los órganos del SIDH? En síntesis, desconfianza a una correcta valoración y aplicación de los alcances de los principios y normas convencionales de derechos humanos por parte de los Estados (de hecho, parecen tener mayor confianza en las organizaciones activistas de la sociedad civil); y, porque no decirlo, la convicción de que su gestión es más oportuna, efectiva e integral. Sin embargo, la CADH entrega a los Estados la responsabilidad primaria de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como sabemos que se despren-

de de su Preámbulo, que alcanza en forma tácita los principios de subsidiariedad y complementariedad. Paradojalmente, la Corte IDH reconoce esos atributos.

Chile al aprobar la CADH, declaró que reconocía:

“como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62”.

Como hemos señalado, el margen de apreciación y los principios de convencionalidad y subsidiariedad están relacionados. La última es la base del primero, pero no implica que deje en segundo lugar a los mecanismos de protección, ya que ante un caso determinado les corresponde definir si se han dado las condiciones para otorgar ese margen.

Según Néstor Sagües, si bien ciertos derechos encuentran condicionamientos materiales y sociales derivados del ambiente donde se aplican, hay un margen nacional “aceptable” (flexible), que admitiría ciertas modalidades secundarias de aplicación y extensión, atendiendo las idiosincrasias y experiencias de cada país, y hay otro margen “inadmisible”, integrado por un núcleo duro de derechos de fuente internacional, esenciales, básicos y, por lo tanto, inalterables. Sobre estos últimos no cabrían restricciones de interpretación a cargo de las soberanías estatales.

El 11 de abril de 2019 los gobiernos de Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Paraguay, en el contexto del diálogo que los Estados mantienen con la CIDH, le entregaron un documento que buscaba ayudar a perfeccionar la operatividad, funcionalidad y eficacia del SIDH. Su contenido reflejaba consultas sostenidas en el ámbito regional. El texto manifestaba en su inicio su apoyo al SIDH y valoraba su aporte para la vigencia de los derechos y libertades fundamentales en el hemisferio. La iniciativa no desconocía la autonomía e independencia de los órganos del SIDH, sino impulsar un debate constructivo sobre diversos aspectos de interés.

Entre esos aspectos se contaba el tema de la naturaleza subsidiaria o complementaria de la tutela internacional; la autonomía de los Estados para asegurar a todas las personas bajo su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías contenidos en la CADH; la reducción del atraso procesal; la estricta aplicación de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y el reconocimiento del “margen de apreciación” que deben tener los Estados democráticos para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la CADH; recordaba que el efecto de las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema solo alcanza a las partes del litigio. Por último, enfatizaban la importancia del conocimiento y consideración

de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados y que las formas de reparación guardaran una debida proporcionalidad.

El documento generó múltiples críticas, ya que se creyó que se pretendía limitar la labor de los órganos cautelares y restringir el goce de los derechos humanos de las personas bajo la jurisdicción de esos países. Sin embargo, la propia CIDH destacó el carácter constructivo de la iniciativa, que seguía los pasos del debate sobre el fortalecimiento del sistema ocurrido entre los años 2011 y 2013, a raíz del embate de los países del grupo ALBA, en cuya defensa Chile tuvo un papel preponderante.

Como resultado se celebró una serie de sesiones de trabajo entre representantes de esos países y la CIDH en pleno, a fin de debatir y dar sentido práctico a las inquietudes de los Estados.

Los planteamientos no se apartaban de lo que mucha parte de la doctrina analizaba. Por otra parte, los países firmantes estaban animados por un espíritu de colaboración y buscaban fortalecer el funcionamiento del SIDH y de los procesos que este envuelve.

El diálogo con los órganos del SIDH no es exclusivo de las organizaciones de derechos humanos, de los gestores, de los activistas o de la academia, sino que los países, los principales obligados y garantes de la CADH y de los TI de derechos humanos, son actores relevantes y tienen el derecho y la obligación de plantear las inquietudes que arroje el funcionamiento de sus mecanismos cautelares.

4. *Derechos implícitos*

El constitucionalismo regional recoge también la protección a los derechos humanos en fórmulas generales tales como: derechos esenciales, derechos inherentes a la personalidad humana, derechos que se derivan de la forma republicana de gobierno. Son fórmulas derivadas del jusnaturalismo y del origen popular del poder político, tienen una larga historia que ha sido analizada por distintos tratadistas y configuran espacios donde falta precisión normativa o hay ambigüedad. En consecuencia, las Cortes internacionales de derechos humanos deben desentrañar el sentido y alcance de la norma para subsumir el caso concreto dentro de una especificación judicial. Cuando la norma a aplicar carece de la especificidad necesaria para resolver un caso, los tribunales efectúan un acto de *determinatio* judicial que les permita aplicarla al caso concreto.

En el derecho internacional de los derechos humanos no existen normas para determinar el alcance de esos enunciados principialistas o generales, de manera que caen dentro del margen de deferencia de los Estados. Si las encontramos en nuestro sistema regional. Los Estados parte de la CADH en su Preámbulo reafirmaron:

“su propósito de consolidar, en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”,

y luego reconocen que

“los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

Y, a mayor abundamiento, su artículo 29.c) señala:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

La conjunción de esas disposiciones permitiría afirmar que la CADH contendría derechos expresos y derechos implícitos.

En consecuencia, la formulación de los últimos sería un acto de *interpretación* que no agregaría ningún contenido que ya no existiese en el texto del tratado.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor reconoce que los estándares desarrollados por la Corte IDH son resultado de las interpretaciones de la CADH y de otros tratados, sujetas a reglas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el Pacto de San José y en la jurisprudencia de la Corte IDH. Sobre esas bases normativas ese tribunal ha interpretado la CADH:

“de manera literal (conforme al sentido corriente de los términos), teleológica (atendiendo al objeto y fin del tratado), sistemática (atendiendo al sistema jurídico al cual pertenecen) y evolutiva (atendiendo a las condiciones y los desarrollos normativos dentro y fuera del Sistema Interamericano”¹⁸.

Efectivamente, su proceso interpretativo conjuga el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que indica que las disposiciones de un tratado deben ser interpretadas considerando su “objeto y fin”, el principio de interpretación *pro homine*, con el artículo 29 letra c) de la CADH. Opta así por una exégesis que, sobre la base de elementos jurídicos vagos, incluye derechos no reconocidos expresamente en la Convención. Ello ha hecho surgir la interrogante acerca de la extensión del ámbito de su competen-

¹⁸ FERRER (2017).

cia *ratione materiae*. Según Gonzalo Candia es necesario determinar si en ese camino la Corte ha ido más allá de lo pactado por los Estados¹⁹. Para muchos analistas ese ejercicio interpretativo se ha convertido en un acto de creación normativa que excede su competencia.

La jurisdicción *ratione materiae* de la Corte como lo señala el artículo 62.1 de la CADH, se refiere a todos los “casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”, pero la Corte IDH entiende que su jurisdicción *ratione materiae* se extiende, también, a la interpretación y aplicación de otros tratados de derechos humanos vinculados al SIDH (caso Las Palmeras vs. Colombia. Excepciones Preliminares), ejercicio de los que derivan derechos y estándares de juicio. Como dice Bidart Campos es el uso de “la rendija de la amplitud” para dar entrada a otros derechos que tienen que disfrutar de protección²⁰.

Para la Corte IDH, los TI son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida (Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) con Guatemala), ergo si la CADH es un *instrumento viviente*, las interpretaciones de su texto pueden ser progresivas²¹.

Pero la interpretación de la CADH no se agota ahí, sino que alcanza a la deducción de derechos a partir de derechos deducidos. Candia Falcón cita como ejemplo que la Corte IDH a partir del reconocimiento de un derecho implícito, el derecho a la propiedad comunal indígena, dedujo el derecho de las comunidades indígenas de acceder a “los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como [a] los elementos incorporales que se desprendan de ellos”²². Como ejemplo de la incorporación indirecta de derechos y estándares de juicio provenientes de otros TI de derechos humanos, destaca el tratamiento que la Corte ha dado al derecho a la identidad. El texto de la CADH reconoce en su artículo 18 el derecho de toda persona a acceder a un nombre propio y a los apellidos de los padres o al de uno de ellos, pero no un derecho específico de acceso a la verdad en torno a la paternidad biológica de cada persona. Esto lo reconoció la CIDH al afirmar que el derecho a la identidad no era uno de aquellos enumerados por la Convención Americana.

A pesar de lo anterior, la Corte IDH lo incorporó al texto del tratado a través de la interpretación que efectuó de los artículos 18 y 19 de la CADH a la luz del artículo 8.º de la Convención de los Derechos del Niño, que reconoce el derecho de los niños y adolescentes a “preservar su identidad”. Según el tri-

¹⁹ CANDIA (2015).

²⁰ BIDART (1989).

²¹ GARCÍA (2014).

²² CANDIA (2015).

bunal, esa norma debía ser comprendida dentro del artículo 19 de la CADH, que indica que todo niño tiene derecho a “las medidas de protección” de parte de la familia, la sociedad y el Estado. La Corte IDH, por tanto, supuso que la búsqueda de esa verdad en torno al origen biológico era un tipo de “medida de protección” estatal y, a través de esta vía, incorporó –en la práctica– la norma a la Convención como derecho autónomo.

Eduardo Vio Grossi en su voto concurrente en el caso *Gelman vs. Uruguay* expresó:

“En suma, se debe tener presente, al respecto, que a la Corte no le corresponde fallar exclusiva ni principalmente conforme a su propia jurisprudencia, sino de acuerdo a lo que se establezca en la correspondiente norma jurídica internacional, establecida por un tratado, la costumbre, un principio general de derecho o un acto jurídico unilateral, vigente para el Estado parte de la pertinente causa. De allí se deduce, consecuentemente, la relevancia de citar y aún reproducir, en los fallos de la Corte, las normas aplicables y que son objeto de su interpretación”.

La Corte IDH no goza de una discrecionalidad absoluta para interpretar la CADH y otros TI de derechos humanos aplicables en la región. Su actuar, así como el de los Estados miembros de esos instrumentos internacionales, se ubica dentro del orden que conocemos como Estado de derecho, lo que supone que la estructura jurídica llamada a crear y aplicar el derecho se encuentra limitada. Así como los Estados, en beneficio de los derechos humanos, están restringidos en el ejercicio de su poder, los mecanismos cautelares no escapan al principio de legalidad, base de un Estado de derecho. Su infracción por parte de los Estados o de los mecanismos cautelares violentaría la noción de Estado de derecho.

Estados y mecanismos cautelares deben respetar tanto las demandas exigidas por el principio de legalidad como aquellas que provienen de las instituciones de la democracia representativa. La juridicidad del derecho internacional de los derechos humanos en la región, resultado de la gestión de la Corte IDH, solo podrá evitar ser puesta en duda si el proceso que la gesta es armónico con los valores inherentes al Estado de derecho y a la democracia.

La CIDH y la Corte IDH han sido un baluarte en la defensa de los derechos humanos en el continente desde sus primeros años de funcionamiento. Su gestión ha avanzado desde: las violaciones de derechos humanos en contextos políticos, a cuestiones de ética social, género, discriminación por orientación sexual, derechos de pueblos indígenas, niñez, personas privadas de libertad, entre otros; qué duda cabe, pero, ya en democracia, en muchas ocasiones han producido tensiones en la vida política y social del Estado objeto de sus pronunciamientos.

Hay que considerar que la CIDH y la Corte ID tienen un papel definido y, si bien sus interpretaciones jurídicas han sido formuladas conforme a criterios ajustados a derecho y a métodos que ya hemos comentado, ambas instituciones no son entes con competencia para abocarse a problemas socio-estructurales y a las políticas públicas de los Estados partes de la CADH, lo que en forma muy clara han venido haciendo durante las últimas décadas, lo que se refleja en los informes de la primera y en las opiniones y sentencias de la segunda.

No es bueno para el avance de la protección de los derechos humanos en la región, que la gestión de la CIDH y de la Corte ID sea puesta en duda. Ya la imposición de su jurisprudencia se aparta de su competencia y carece de una base que convenza a los escépticos. Sus informes y sentencias refieren a distintas disciplinas, entre ellas la historia, filosofía, antropología, sociología, y a análisis políticos, lo que se aparta de la naturaleza de sus funciones como organismos técnicos.

En materia de protección de derechos humanos no se puede retroceder. Es necesario que el SIDH de certeza jurídica y social y coadyuve de manera efectiva para que los Estados puedan desarrollar en forma concreta un real respeto y promoción de los derechos humanos, de acuerdo con sus propias circunstancias y realidades, sin tensiones. Esto va más allá de las obligaciones convencionales de los Estados, es una tarea progresiva que involucra derechos económicos, sociales y culturales, elementos fácticos y normativos, y, por supuesto, a toda la sociedad.

Hoy, la vida en comunidad está amenazada por delitos transnacionales como: el narcotráfico, el terrorismo, bandas de delincuentes que traspasan fronteras, el crimen organizado, violencia sin límites, entre otros fenómenos, que afectan no solo la vida social, ya que producen inseguridad, miedo y temor, sino que, además, tienen alcances negativos para el desarrollo político, civil, económico y cultural. Ello lleva a la necesidad de replantear cómo se ubica la sociedad frente a quienes protagonizan esos hechos, para quienes no tienen significación alguna los derechos humanos de sus víctimas.

Por último, el respeto, promoción y defensa de los derechos humanos debe ser una política de Estado. Debe trascender situaciones coyunturales, debe mantenerse en el tiempo y ser independiente del gobierno de turno. El diálogo del Estado con la sociedad civil no debe contaminarse con compromisos demagógicos por parte del primero, o con manejos políticos de los segundos, cualquiera sea su denominación, que terminan por desprestigiar la defensa de los derechos esenciales del individuo.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán (1989): *Teoría general de los derechos humanos* (Ciudad de México, UNAM).
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl y CARVAJAL GÓMEZ, Ignacio (2021): "Derecho internacional y Constitución", *Actualidad Jurídica* n.º 43.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo (2015): "Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de derecho", *Revista Chilena de Derecho* vol. 42.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2017): "El desarrollo del Corpus Juris Interamericano a través de la Acción Pretoriana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in Burgorgue-Larsen, Laurence (dirs.), *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme. De l'ouverture au dialogue* (Paris, Editions A. Pedone).
- GARCÍA SAYÁN, Diego (2014): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (México D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación/Fundación Konrad Adenauer).
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2014): "La polisemia del control de convencionalidad interno", *Revista Colombiana de Derecho Internacional* vol. 12 Núm 24.
- LLANOS, Hugo y RIVEROS Edgardo (2021): "Jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile". Disponible en www.diarioconstitucional.cl/articulo/los/jerarquia-constitucional-de-los-tratados-de-derechos-humanos-en-chile/
- MACHADO MARTINS, Priscila (2017): "El efecto erga omnes de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Jurídica Direito & Paz* vol. 1 n.º 36.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): "Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional", *Ius et Praxis* vol. 8 n.º 1.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2013): "Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre tratados internacionales y derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, después de la reforma constitucional de 2005", *Estudios Constitucionales* año 11 n.º 2.
- PFEFFER URQUIAGA Emilio (2003): "Los tratados Internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo internos", *Ius et Praxis* año 9 n.º 1.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010): "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales* vol. 8 n.º 1.
- STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coords.) (2014): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (México D.F., Editorial Temis/Fundación Konrad Adenauer).
- VARGAS CÁRDENAS, Andrea (2024): "Recepción y jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico. Desarrollo doctrinario y tendencia jurisprudencial en el caso chileno". Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienear>

chivo?id=repositorio/102_21/35841/2/Recepcion_y_jerarquia_de_los_tratados_internacionales.pdf

VENTURA ROBLES, Manuel E. (2014): "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* n.º 14.

Jurisprudencia

CORTE IDH (1987): caso Velásquez Rodríguez - Excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2008): rol n.º 943-07, sentencia de 10 de junio de 2008.

Otros documentos

NACIONES UNIDAS (1969): Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. Disponible en www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf