

PROCESO CONSTITUYENTE Y DERECHOS HUMANOS: TENSIONES Y PROPUESTAS

Mariana Canales
Investigadora IES



instituto
de estudios
de la sociedad

"El sistema internacional de protección de DDHH debe ser muy deferente con los Estados y la democracia. Por lo demás, si algo es consustancial a la democracia es la idea de que el poder público debe tener límites, y todas las autoridades, incluyendo a los jueces, deben actuar dentro de su legítima esfera de competencias"

Por Mariana Canales¹

Introducción

Con independencia de lo que pueda pensarse sobre el contenido de las sentencias de los tribunales internacionales o de la opinión que merezcan otros órganos transnacionales, lo cierto es que las decisiones de estos organismos influyen en la justicia local y en las decisiones políticas de cada Estado. Veamos algunos ejemplos recientes. El año 2014, después de un largo proceso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ordenó al Estado de Chile dejar sin efecto la sentencia dictada por tribunales nacionales en el caso Norín Catrimán. En pocas palabras, se alegaba que el Estado de Chile había vulnerado el debido proceso de ocho comuneros mapuches procesados según la ley antiterrorista. La polémica no tardó en llegar: un tribunal extranjero mandataba a uno nacional echar pie atrás en una decisión adoptada según un proceso legalmente tramitado. No era claro que la Corte Interamericana tuviese las facultades para ordenar algo así, y menos que la Corte Suprema pudiese obedecer tal dictamen. Cinco años más tarde, la sentencia chilena fue revocada, no sin controversias².

Otra situación que generó especial interés fue la de Martina, una niña de Arica con síndrome de Leigh, enfermedad neurológica progresiva. En 2019 la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos³ presentó ante la Corte Interamericana el caso *Martina Rebeca Vera Rojas vs. Chile*, en el que se alegaba la falta de fiscalización por parte del Estado a la Isapre que cubría el tratamiento médico de Martina. En opinión de la Comisión, las decisiones adoptadas por la aseguradora de salud en el curso del tratamiento vulnerarían algunos derechos de la niña y de sus padres. La Corte Suprema chilena, en cambio, había determinado lo contrario. El caso aún no se revisa ante la Corte, pero sería la primera vez que se juzga al Estado chileno internacionalmente por controversias con las Isapres, abriendo una ventana para litigar fuera de nuestro país en contra de tan criticadas entidades⁴.

Al escribir estas líneas, se tramita ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso *Sandra Pavez vs. Chile*. El asunto es el siguiente: la Vicaría para la Educación del Arzobispado de San Bernardo revocó el certificado de idoneidad de Sandra, profesora de religión de una institución pública, para enseñar dicha asignatura. Se argumentaba que el estilo de vida de la profesora, que se definía como lesbiana y tenía una pareja, no sería coherente con las enseñanzas de la Iglesia Católica. En consecuencia, no podía impartir aquella materia. Después de eso, fue

1 Investigadora IES. Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

2 *Norín Catrimán y otros vs. Estado de Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de mayo de 2014. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf.

Sobre la controversia ver: <https://www.pauta.cl/cronica/puede-la-corte-interamericana-de-dd-hh-anular-un-fallo-en-chile>; <http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/22930-profesores-alvaro-paul-y-sebastian-lopez-la-corte-suprema-en-el-caso-norin-catriman-y-otros>; <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/caso-norin-catriman-nuevamente-la-corte-suprema-respetuosa-del-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos/>

3 La Comisión Interamericana de DDHH es el organismo encargado de presentar los casos a la Corte Interamericana de DDHH.

4 Ver: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/037.asp>; <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/cidh-lleva-a-chile-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-por-caso-inedito-de-fiscalizacion-a-isapres/818729/>.

asignada a una función distinta a la de profesora de religión, manteniendo su vínculo contractual con el establecimiento educacional. Pavez presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de San Miguel que fue rechazado, pues no había, en opinión de la Corte, un acto ilegal ni arbitrario. Esa sentencia fue confirmada por la Corte Suprema. Ante la decisión de los tribunales chilenos, la docente acudió a la justicia interamericana. Desde luego, las partes describen el caso de modos distintos: donde unos denuncian discriminación, otros subrayan la relevancia de la libertad religiosa.

Si bien cada uno de los casos citados tiene sus particularidades, todos ellos ejemplifican el modo en que un órgano judicial internacional interviene en sucesos que han ocurrido y han sido juzgados previamente en el país. En ellos, las normas y los órganos internacionales operan después de que el hecho haya tenido lugar; sin embargo, también hay situaciones en que la incidencia es previa. Desde hace un tiempo, por ejemplo, se tramita en el Congreso Nacional el proyecto de ley sobre el sistema de garantías de la niñez. Entre las razones que se esgrimen para aprobarlo se encuentra precisamente la intención de cumplir con los estándares internacionales (el principal argumento en el mensaje del proyecto es dar efectivo cumplimiento a las obligaciones de Chile al respecto). Así, el Derecho Internacional (DI) también tiene cierto grado de influencia en los espacios de deliberación política.

Como puede apreciarse, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) influye cada vez más en nuestro país. Y lo hace de distintas maneras. Además de los casos tramitados ante tribunales como la Corte Interamericana, las normas de Derecho Internacional y las opiniones en torno a ellas —tanto de organismos interna-

cionales (con o sin jurisdicción) como de personas particulares—, se utilizan para promover ciertas leyes e influir en la esfera política. Esto último tiene la complejidad de que suelen invocarse como vinculantes instrumentos o actos que en realidad no lo son, como opiniones consultivas o resoluciones de órganos sin jurisdicción⁵. Es lo que sucede con el *soft law*, nombre que por lo general reciben los instrumentos internacionales que, sin ser estrictamente obligatorios, contienen principios, normas o estándares que pueden orientar o ayudar a crear futuras costumbres internacionales. De este modo, el DIDH ha ido ganando presencia e influencia en la toma de decisiones de la política nacional.

En este escenario, y con independencia de la opinión de fondo que nos merezcan los casos expuestos, la pregunta inevitable es si acaso son los tribunales internacionales los llamados a decidir sobre tales cuestiones, y si es conveniente que así sea. Muchas veces se someten a su conocimiento asuntos que son políticamente sensibles y para cuya resolución no bastan las herramientas estrictamente jurídicas de las que disponen los jueces, como tratados u otras fuentes del derecho. Es necesario, además, incorporar elementos culturales, sociales, políticos y morales. Así sucede, por ejemplo, con casos relacionados con la libertad religiosa, educación o discriminación. Además, dado que se trata de organismos internacionales que no están insertos en la realidad nacional, sus decisiones pueden ser percibidas como injustas o ilegítimas desde el punto de vista democrático. ¿Por qué tendríamos que obedecer —podría objetarse— a un tribunal que no tiene que ver con nosotros? ¿Acaso no se puede discrepar con lo que se dictamina desde fuera del país en asuntos susceptibles de ser discutidos? ¿No hay ciertas

5 Los órganos con jurisdicción son aquellos facultados por ley o, en el caso de los organismos internacionales, por instrumentos internacionales para resolver controversias de manera vinculante. Es decir, sus decisiones deben ser acatadas. Por ejemplo, en Chile, los tribunales tienen jurisdicción para resolver las distintas controversias entre las personas. Un órgano internacional que no tiene jurisdicción, entonces, carece de las facultades para que sus opiniones obliguen.

materias sobre las que debiese decidir la misma comunidad política que se ve afectada por esa decisión?

De cara al proceso constituyente el asunto se vuelve aun más importante. La jerarquía de los tratados internacionales (y, por lo tanto, la relación interna con el sistema internacional), la relación de nuestro catálogo de derechos con el sistema interamericano de derechos humanos y otros asuntos semejantes probablemente estén presentes entre las decisiones que el órgano constituyente deba tomar. En estas discusiones se cruzan cuestiones importantes sobre derechos humanos (DDHH) con preguntas acerca de la relevancia y el lugar que deben tener ciertas consideraciones locales como las antes mencionadas.

El presente trabajo busca mostrar algunos puntos importantes para aproximarse al DIDH en el marco del proceso constituyente. Nos centraremos en el rol de los tribunales internacionales de derechos humanos y su relación con la justicia y la política nacional. En la primera sección (I) nos detendremos someramente en la historia del DIDH y en las características que lo distinguen de otras ramas del Derecho Internacional (DI). En la segunda sección (II) veremos cómo están consagrados los DDHH en los instrumentos jurídicos internacionales y sus implicancias. En la siguiente (III), explicaremos la importancia de la democracia en la especificación de los derechos, para luego, en la cuarta sección (IV), evaluar los riesgos de que sean los sistemas internacionales de DDHH los que cumplan ese rol.

I. Breve historia del derecho internacional de los derechos humanos.

La apertura global de las economías y la necesidad de acción conjunta entre las naciones en distintas áreas, como el medio ambiente, han otorgado al DI un rol cada vez más protagónico. Desde luego, la progresiva dependencia que tienen los países de las instancias internacionales ha suscitado algunas críticas y cuestionamientos por el modo en que este opera hoy⁶. El DI contempla una variedad amplia de objetos de regulación y modos de regularlos: existe un derecho humanitario, del comercio, del mar, del trabajo, de los derechos humanos, etc. Cada uno tiene fines, un campo de acción y modos de operar distintos⁷. Por eso, para aproximarse al DI, es importante atender a esos aspectos específicos y distinguir sus diversas áreas⁸.

El DIDH es la rama del Derecho Internacional Público⁹ que se ocupa de proteger jurídicamente a personas y grupos de las violaciones de sus derechos garantizados internacionalmente, así como de la promoción de tales derechos. Sus primeros antecedentes pueden ubicarse en la Edad Media. Ya en esa época existían catálogos de derechos, como los decretos de la Curia de León o la Carta Magna inglesa, que tomaban la forma de un acuerdo entre la autoridad y los ciudadanos en que la primera le reconocía a los segundos ciertos derechos y se obligaba a respetarlos¹⁰. Eran, por decirlo de algún modo, conquistas del pueblo¹¹. Las declaraciones de derechos continuaron surgiendo principalmente en Inglaterra, lugar

6 Ver Chantal Delsol, *Unjust justice. Against the Tyranny of International Law* (Wilmington: ISI books, 2008). Para una justificación del carácter de derecho del derecho internacional, ver H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: OUP, 1994), capítulo X.

7 Por ejemplo, en los hechos, hay reglas internacionales que cumplen una función de coordinación entre los Estados, mientras que otras tienen efectos directos mucho más intensos en los ordenamientos jurídicos nacionales.

8 Ver John Tasioulas, "Human Rights, Legitimacy, and International Law", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 1 (2013): 15.

9 El Derecho Internacional Público es la rama del Derecho que regula las relaciones entre los Estados y entre estos y otros actores a quienes los Estados han otorgado la calidad de sujeto de Derecho Internacional Público. Su antecedente directo es el Derecho de Gentes. Jeremy Bentham fue el primero en hablar de Derecho Internacional Público.

10 Gonzalo Candia, *Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Santiago: Ediciones UC, 2016), 30-31.

11 Madison et al., *El federalista* (Santiago: IES, 2018), n° 84.

en donde se adoptaron catálogos como el *Bill of Rights* de 1689¹². Las dos famosas declaraciones del siglo XVIII, la Declaración de Independencia de Estados Unidos y la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de Francia, aunque distintas entre sí, encuentran su inspiración en los catálogos del siglo anterior.

Como puede verse, la protección de los derechos de las personas era una cuestión de orden interno, un asunto exclusivo de cada Estado. Ahora bien, esto no implicaba desconocer la existencia de un valor universal que estuviese por sobre las normas nacionales. Pero los horrores de la Segunda Guerra Mundial significaron un punto de inflexión. El mundo de posguerra consideraba que, para evitar las atrocidades de los años anteriores, era necesario un sistema que diera protección a los derechos de las personas a nivel global, uno que no dependiera de la discrecionalidad de los Estados. Se ideó, entonces, un sistema jurídico internacional que garantizaba la supremacía de ciertos principios éticos y el respeto a todas las personas por sobre la obediencia a algún líder o régimen político¹³. La protección de la persona y sus derechos pasó entonces a ser un asunto de relevancia internacional¹⁴, adquiriendo un lugar central en el sistema jurídico internacional¹⁵.

En este contexto, en 1948 se redactó la Declaración Universal de Derechos Humanos, que estableció estándares comunes a los que todos los países e instituciones debían aspirar¹⁶. Se trata de un documento que no genera obligaciones jurídicas directas para los Estados (es de naturaleza no vinculante¹⁷). Su importancia radica, más bien, en el rol político y simbólico que jugó en su momento y que sigue desempeñando hasta hoy. Este permitió establecer metas compartidas entre países muy distintos que, a pesar de no estar de acuerdo en su justificación ni en la manera de alcanzar dichos objetivos, sí lo estaban en que eran deseables¹⁸. En palabras de Jacques Maritain, “estamos de acuerdo en los derechos bajo la condición de que nadie nos pregunte por qué”¹⁹.

Para implementar a nivel internacional la Declaración Universal de DDHH se suscribieron dos tratados que se encuentran en la base del sistema que busca su protección: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)²⁰. A diferencia de la Declaración, estos sí son jurídicamente vinculantes²¹.

La Declaración Universal de DDHH, además de operar como referente para el resto de los instrumentos sobre derechos humanos²², cambió el

12 Candia, *Introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 31.

13 Delsol, *Unjust Justice*, xvi.

14 La protección de la persona y de sus derechos en muchos casos ha sido considerada, incluso, como norma de *ius cogens* según el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esto quiere decir que se considera una norma imperativa de derecho internacional general porque es “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

15 Candia, *Introducción al derecho internacional de los derechos humanos*, 35.

16 Gregoire Weber et al., *Legislated Rights* (Nueva York: CUP, 2018), 2.

17 Formalmente, la Declaración Universal de DDHH no es un tratado, sino una resolución de la ONU. Sin perjuicio de eso, ciertos autores sostienen que algunas de sus disposiciones tendrían fuerza vinculante, por ejemplo, en virtud de la costumbre. La costumbre es fuente de Derecho Internacional según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

18 Mary Ann Glendon, “The Universal Declaration turns 70”, *The American interest*, 19 de diciembre de 2018, 3. Disponible en: <https://www.the-american-interest.com/2018/12/19/the-universal-declaration-turns-70/>

19 Jaques Maritain, “Introduction” en *Human rights. Comments and interpretations. A symposium edited by UNESCO* (25 de julio de 1948), 1.

20 Estos pactos, junto con sus respectivos protocolos, la Declaración Universal de DDHH y las normas sobre DDHH de la Carta de las Naciones Unidas forman la “Carta Internacional de DDHH”.

21 Candia, *Introducción al derecho internacional de los derechos humanos*, 36.

22 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: OUP, 2011), 211.

enfoque tradicional del DI. El modo en que cada Estado se relacionaba con sus nacionales dejó de ser una cuestión que dependía exclusivamente de cada país, de “soberanía interna”²³. Si en un inicio el DI se preocupaba de la cooperación y coordinación entre Estados, y de establecer un orden legal en el que ellos pudieran ejercer su soberanía, desde la introducción de los DDHH la preocupación es proteger al individuo, en cuanto tal, en el orden internacional. Esa protección se extiende a todo cuanto amenace el goce de sus derechos, incluso si la amenaza proviene de su propio Estado²⁴. Dicho de otro modo, el DI pasó de regular la relación entre los Estados a regular la relación entre estos y las personas que habitan en cada una de las naciones. En algún sentido, se desdibujaron los límites de la soberanía de cada país: lo que pasaba dentro del territorio de cada uno ya no era una cuestión meramente local.

Ahora bien, el desarrollo del DIDH no se limitó a la redacción de documentos que garantizaran los derechos fundamentales²⁵: había que evitar que su protección fuera un mero ideal. Convenida de que tal propósito suponía una instancia de justicia supranacional, la comunidad internacional creó tribunales y organismos que velaran por la efectiva protección y promoción de esos derechos. Debía tratarse, en su concepto, de una instancia definitiva respecto de la cual no existiera apelación posible²⁶. Posteriormente, el desarrollo regional siguió al mundial²⁷. Los

distintos continentes, como Europa o África, crearon sus propios sistemas de protección de DDHH. En América Latina, por ejemplo, existe el Sistema Interamericano de DDHH²⁸: en un esfuerzo coordinado, los países latinoamericanos se dieron a sí mismos una instancia internacional para proteger y promover los derechos fundamentales.

Así es, a grandes rasgos, como los sistemas internacionales de protección de DDHH han adquirido sus características actuales. Para comprender mejor su funcionamiento y rol resulta fundamental detenerse en los instrumentos jurídicos sobre DDHH, la base de estos sistemas. A continuación analizaremos cómo dichos instrumentos consagran los DDHH y qué consecuencias tiene ese modo de hacerlo, pues ello condiciona en gran medida el funcionamiento del sistema en su totalidad.

II. ¿Cómo están consagrados los DDHH?

El modo en que los DDHH están consagrados en los distintos instrumentos jurídicos, en particular en los tratados internacionales sobre DDHH, está lejos de ser específico. Esto otorga un amplio margen para decidir qué es cada derecho; así, caben interpretaciones diversas y es posible considerar distintas visiones, intereses o preferencias como constitutivos de cada uno.

Los catálogos de derechos contenidos en los tratados internacionales suelen expresar

23 Mary Ann Glendon, *Un mundo nuevo* (México: Fondo de Cultura Económica, 2011), 27.

24 Martti Koskeniemi, *International Law and the Far Right: Reflections on Law and Cynicism* (La Haya: Asser Press, 2019) 8-10. Según el profesor Álvaro Paúl, si bien los particulares pueden violar derechos humanos, ellos no responden ante los tribunales internacionales (salvo que cometan crímenes regulados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional). Solo los Estados responden internacionalmente, ya sea por actos directos o por no garantizar que las personas ejerzan sus derechos humanos sin intervención de terceros. Álvaro Paúl, “Derechos Humanos y obligación de usar la fuerza”, *Revista chilena de derecho*, vol. 46, núm. 3 (2019): 634.

25 En el marco de las Naciones Unidas, existe lo que se conoce como “The Core Human Rights Instruments”. Además del PIDCR y el PIDESC, son siete los tratados que regulan un derecho en específico o que buscan proteger a personas que históricamente han sufrido abusos. Pueden verse en: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>

26 Delsol, *Unjust Justice*, 5.

27 Candia, *Introducción al derecho internacional de los derechos humanos*, 37.

28 El Sistema Interamericano de DDHH cuenta con dos instrumentos principales. La Declaración Americana de derechos y deberes del hombre, resolución de la Asamblea General de la OEA, y la Convención Americana de Derechos Humanos, que además de contener un catálogo de derechos y de obligaciones para los estados, también crea la Comisión Interamericana de DDHH y la Corte Interamericana de DDHH.

aspectos de la vida que valoramos y consideramos importantes para nuestro desarrollo, como la vida, la libertad o el ser juzgados según un proceso justo y reglamentado²⁹. En definitiva, aspectos del bien humano que merecen ser respetados, protegidos y promovidos. Sin embargo, tales catálogos son generales, pues no detallan mayormente esos derechos³⁰ ni tampoco el método para especificarlos, salvo su constante remisión al legislador para tal propósito. Como decíamos antes, su fin es más bien fijar estándares a los que cada Estado debe aspirar. En consecuencia, su contenido e implicancias concretas no suelen estar expresados ni definidos.

Generalmente se utilizan dos fórmulas: “nadie puede...”, o “todos tienen derecho a...”³¹. En el primer caso, hay una prohibición de realizar una acción determinada. Por lo tanto, basta con no realizar dicho acto para cumplir con lo ordenado. Desde luego, puede haber dudas respecto al significado y los límites precisos de la acción, pero al menos el contorno del derecho es más o menos claro. En el segundo caso, en cambio, simplemente se señala algo a lo que todos tienen derecho³². Como puede apreciarse, esta manera de expresar los derechos es menos precisa que la primera. Se trata de una fórmula de dos términos en que se establece quién tiene el derecho —generalmente todos o un grupo de personas— y la materia o cosa a la que tales personas tienen derecho. Por ejemplo: “toda persona tiene derecho a la libertad personal” o “todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra toda forma de discriminación o intolerancia”. En estos casos no hay una acción específica, sino que el acento está puesto en una

materia o cosa (libertad personal, igual protección contra toda forma de discriminación) y en quienes se benefician de ella (toda persona, todo ser humano)³³.

Este tipo de expresión, de dos términos, da escasa información acerca de lo que el derecho exige en concreto. No puede responder por sí sola ninguna de estas preguntas: ¿quién está obligado? ¿A qué específicamente? ¿Qué significan las palabras usadas para consagrar el derecho? ¿De qué manera precisa este se infringe? Como se puede notar, es insuficiente para saber qué se espera que hagamos o cómo debemos comportarnos para satisfacer el derecho en cuestión. La libertad de expresión, por ejemplo, ¿supone que se puede decir cualquier cosa, aun cuando ofenda a alguien? ¿Implica que se puedan negar sucesos históricos? ¿Cabe quemar banderas o símbolos patrios en el espacio público, invocándola? ¿Tiene algún límite ético? Debido al carácter deliberadamente general de los derechos y libertades, que impide que por sí mismos puedan ordenar conductas, es inevitable que exista luego otra autoridad encargada de especificarlos.

A lo anterior se suma que la materia o cosa a la que se tiene derecho suele ser difícil de definir, pues es referida de manera abstracta, general o ambigua. Esto no solo se debe a la limitación general del lenguaje para captar la realidad³⁴, sino a la naturaleza misma de los bienes que se intenta resguardar y la manera en que se busca protegerlos. “Libertad de expresión”, “discriminación” o “intolerancia” pueden hacer referencia a muchas situaciones que son, al mismo tiempo, diferentes entre ellas. Tanto las maneras

29 Esto también se aplica a los catálogos de derechos constitucionales.

30 Weber et al., *Legislated Rights*, 1; Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 214 y 218.

31 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 211.

32 Weber et al., *Legislated Rights*, 29-30.

33 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 205.

34 Sobre las limitaciones de las palabras para captar la realidad y, por lo tanto, de la ley escrita, ver Paul Yowell, “Legislación, common law, y la virtud de la claridad”, *Revista Chilena de Derecho* 39, núm. 2 (2012).

de entender los términos usados para expresar un derecho³⁵ como los modos de realizarlos o protegerlos pueden ser muy diversos, pero no por ello necesariamente ilegítimos o errados. Nada de lo dicho hasta acá implica una crítica al modo en que están redactados los instrumentos internacionales de DDHH. Si consideramos el propósito de tales instrumentos (establecer estándares a los que los Estados deben propender), la variedad de culturas a las que se aplican y la imposibilidad de establecer una casuística infinita, una formulación general o vaga es inevitable.

Si la estructura que los derechos adoptan actualmente no entrega toda la información acerca de ellos, entonces alguien debe proporcionar los elementos que permitan saber cómo actuar conforme a un derecho determinado. Como se señaló anteriormente, alguien debe especificarlo. Esto supone traducir su formulación de dos términos a una de tres³⁶, determinar qué es cada uno y establecer en qué consiste cada derecho. Por ejemplo, determinar que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales” implica establecer quién está obligado, a qué y respecto de quién. Es necesaria, entonces, una autoridad que determine lo anterior, pues no basta con los meros instrumentos internacionales.

III. ¿Quién especifica?

Los instrumentos internacionales, como decíamos, se remiten constantemente a los Estados, y en particular al legislador, para especificar los derechos ahí consagrados. Como explica Gonzalo Candia:

En términos generales, los tratados internacionales de derechos humanos establecen que los Estados tienen la responsabilidad de (a) respetar los derechos reconocidos por los mismos, y (b) garantizar esos derechos a través de la adaptación de su legislación a los estándares internacionales de protección. Ello supone que son los Estados los primeros llamados a proteger y hacer efectivos los derechos humanos de sus ciudadanos a través de la implementación de diversos mecanismos constitucionales, legales y administrativos³⁷.

Los estándares abstractos y generales establecidos en dichos instrumentos requieren, entonces, de la deliberación política al interior de cada país. Y es razonable que así sea porque, por un lado, los derechos consagrados en los instrumentos internacionales admiten diversas maneras de concretarse y, por otro, cada país posee realidades culturales, históricas y económicas distintas para hacerlo³⁸.

Por lo anterior, es indispensable que dentro de cada país se lleve a cabo una deliberación democrática con respecto al modo de concretar estos asuntos. Sobre todo porque las comunidades no son homogéneas: en una sociedad suelen encontrarse opiniones muy diversas con respecto a cómo deben conducirse los asuntos comunes³⁹. Volvamos sobre el ejemplo de la libertad de expresión. El año 2019, el comediante Daniel Alcaíno realizó una rutina humorística que dio origen a una discusión sobre qué implicaba la libertad de expresión. En su actuación, el humorista hacía un chiste que ofendía a la Virgen María, figura

35 Douglas Lee Donoho, “Democratic Legitimacy in Human Rights: The Future of International Decision-Making”, *Wisconsin International Law Journal* 21 (2003): 30.

36 John Finnis, “Introduction”, en John Finnis, *Human Rights and Common Good: Collected Essays III* (Oxford: OUP, 2013), 2.

37 Candia, *Introducción al derecho internacional de los derechos humanos*, 55.

38 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 217-218.

39 Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: OUP, 1999), 1-3.

central en el credo católico. El asunto escaló desde el Consejo Nacional de Televisión a la Corte Suprema, pues no era claro que un caso como ese estuviese amparado por la libertad de expresión⁴⁰. Para algunos, esta libertad avala cualquier tipo de manifestación, aun cuando suponga una ofensa a alguna persona particular, a un grupo o la patria; para otros, en cambio, el ejercicio de esta libertad posee ciertos límites inherentes. En efecto, los miembros de una comunidad suelen tener diferencias fundadas en convicciones, principios y valores divergentes que no pueden ser reducidas a meros intereses transables sin más en una negociación, pues, en ese caso, la democracia sería fácilmente reemplazable.

Los foros democráticos son necesarios para que aquellas diferencias se debatan. Estos permiten que la mayor cantidad de visiones puedan discutirse en el proceso de toma de decisiones y que las minorías puedan “expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente”⁴¹. Tienen, además, un valor en sí mismos: hay algo bueno en el hecho de que una comunidad participe en las decisiones que afectan a todos. Por lo mismo, tales espacios son necesariamente nacionales o locales.

Por eso, resulta fundamental cuidar los espacios en que se discute cómo conducir la vida en comunidad, sobre todo si consideramos que la democracia hace eco de la dignidad humana⁴². Ella supone considerar a todas las personas como iguales y dotadas de la misma capacidad

para participar en los asuntos comunes. Y, en la medida en que permite participar en la conducción de dichos asuntos, posibilita el desarrollo humano: este no se agota en percibir y experimentar, sino que exige también hacer y actuar⁴³. Privar a los ciudadanos de esos espacios, aun en nombre de la justicia y la igual dignidad, de alguna manera desconoce esa dignidad fundamental.

En una comunidad los primeros llamados a decidir sobre sus propios asuntos son sus miembros pues, en la medida en que se ven afectados, están en mejor posición para determinar qué debe hacerse⁴⁴. Desde luego, el hecho de que una decisión afecte a un grupo determinado no transforma a esa comunidad en infalible; el punto es no olvidar que toda sociedad es situada y no existe en el vacío: esta se inserta siempre en un contexto histórico, cultural y social determinado, que influye en la manera en que ella se organiza y estructura⁴⁵. Las decisiones sobre cuestiones que la afecten no pueden, por lo tanto, ser ajenas a su idiosincrasia y cultura. De ahí que los primeros llamados a articular la protección de los derechos consagrados de manera amplia y genérica en los instrumentos internacionales son los mismos Estados⁴⁶. Se puede observar entonces que la relación entre DDHH y política (i.e., la deliberación en torno a los asuntos comunes) es bidireccional: por un lado, los DDHH orientan y limitan la política (la deliberación política tiene límites) y, por otro, la política tiene el deber de especificar los DDHH.

40 El CNTV sancionó a Canal 13 por la rutina. El asunto escaló a la Corte Suprema. Ver sentencia Rol 9152-19, 19 de septiembre de 2019, tercera sala.

41 Gonzalo Candia, “Derechos implícitos y CIDH: una reflexión a la luz de Estado de Derecho”, *Revista Chilena de Derecho* 42, núm. 3 (2015). Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300006&lng=en&nrm=iso&tlng=en

42 Jean Bethke Elshtain, “Democracy and Human Dignity”, *Soundings* 87, núm. 1/2 (2004): 15.

43 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 147.

44 Delsol, *Unjust Justice*, 24.

45 *Ibid.*, 82.

46 Candia, *Introducción al derecho internacional de los derechos humanos*, 54.

En consecuencia, los sistemas internacionales actúan de manera subsidiaria a los Estados⁴⁷. Sin embargo, en los hechos, los organismos internacionales han adquirido un papel mucho más preponderante en la tarea de especificación de los DDHH que el previsto originalmente. En el famoso caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, por ejemplo, se solicitó a la Corte Interamericana de DDHH determinar si la prohibición de la fecundación *in vitro* que regía en Costa Rica violaba sus obligaciones internacionales. La Corte, además de acoger la demanda, se pronunció sobre el derecho a la vida del no nacido. En este caso, que se alejaba de la jurisprudencia uniforme en la materia⁴⁸, el órgano internacional realizó una interpretación restrictiva de tal derecho, negándosele a los no nacidos. Además de los problemas jurídicos del fallo y de la opinión que se pueda tener respecto a la interpretación del derecho a la vida, surge una pregunta adicional: si Costa Rica consideraba que los no nacidos tenían un derecho a la vida, tema sensible y sujeto a múltiples discusiones, ¿convenía que un órgano externo determinara lo contrario, pasando por alto una decisión soberana? La pregunta es pertinente, sobre todo si consideramos que la Corte estableció además cursos de acción para el Estado de Costa Rica en relación a la fecundación *in vitro*⁴⁹.

47 *Ibid.*

48 Hasta ese caso, la Corte siempre había reconocido el derecho a la vida de los no nacidos. De hecho, Rodolfo Piza Escalante, el juez que redactó la opinión de la Corte Suprema de Costa Rica que se refería a la prohibición de la fecundación *in vitro*, era un expresidente de la Corte Interamericana. Él consideraba que tal prohibición era compatible con las obligaciones internacionales del Estado. Ver Álvaro Paúl, “Estatus del no nacido en la convención americana: un ejercicio de interpretación”, *Ius et Praxis* 18, núm. 1 (2012) y “El Estado actual del aborto en el derecho internacional y algunas afirmaciones erradas del proyecto de ley chileno”, en Maite Aguirrezábal y Soledad Bertelsen (eds.), *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica. Cuadernos de extensión jurídica* núm. 27 (Santiago: Universidad de Los Andes, 2015), 215-216.

49 *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. El caso se produjo por la prohibición que existía en Costa Rica de practicar fecundaciones *in vitro*.

50 El año 2019, bajo el gobierno de Sebastián Piñera, Chile aprobó el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer. Entre otras cosas, el protocolo establece un órgano monitor de dicho tratado. Para una crítica, ver: <https://www.ieschile.cl/2019/08/el-gobierno-frente-al-protocolo-cedaw/>

51 Ver Machiko Kanetake, “UN Human rights treaty monitoring bodies before domestic courts”, *International and Comparative Law Quarterly*, 67 (2018). Entre algunos tratados que cuentan con un órgano monitor se encuentran: PIDCP, PIDESC, Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, Convención de los derechos de los niños.

El sistema internacional cuenta principalmente con dos instancias a través de las cuales se ha determinado, en los hechos, el contenido de los derechos. En primer lugar figuran los jueces internacionales, quienes están llamados a evaluar si una conducta cumple con los estándares que establecen los instrumentos sobre DDHH, es decir, determinar si esta se ajusta o no a dichos instrumentos. Sin perjuicio de lo anterior, y tal como se vio en el caso *Artavia Murillo* recién mencionado, en muchas ocasiones definen el contenido específico de los derechos. En segundo lugar se encuentran los comités monitores de los tratados de DDHH. Muchos tratados, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer⁵⁰, van acompañados de un órgano formado por expertos encargados de supervisar su aplicación. Estos gozan de distintas competencias según sus fines, como por ejemplo emitir instrumentos con guías u opiniones, o revisar de modo cuasi jurisdiccional asuntos llevados por particulares. Sin perjuicio de que no tienen facultades jurisdiccionales y de que la interpretación que hacen de los tratados no es auténtica (i.e., no es considerada autoritativa), en la práctica inciden en la especificación de los instrumentos jurídicos sobre DDHH⁵¹.

Como hemos señalado, tales instrumentos no proporcionan información suficiente acerca de

los derechos que consagran. Resulta inevitable entonces que, al no poder echar mano a una guía más específica para resolver el asunto, terminen siendo los mismos jueces internacionales o los miembros de los comités quienes delimitan un derecho y lo dotan de contenido.

Preguntarse por la idoneidad de esos espacios para establecer el alcance de los derechos se vuelve más complejo cuando se trata de “derechos positivos”, aquellos que no consisten en prohibiciones, sino que identifican algo a lo que un ciudadano tiene derecho. Comúnmente se trata de asuntos sensibles, sobre los que hay opiniones legítimamente diversas y discrepantes y en que los elementos sociales, culturales y políticos son especialmente importantes.

IV. Riesgos de la especificación a nivel internacional.

La especificación de los derechos a nivel internacional es riesgosa, pues se trata de un sistema jurídico sujeto a pocos controles. Esta es una cuestión de primera importancia, ya que la noción misma de poder judicial solo cobra sentido en un equilibrio con otros poderes. Además, dicha especificación puede ser fácilmente cooptada por grupos políticos, lo que termina por socavar la deliberación democrática al interior de los Estados. Veamos dónde radican tales riesgos.

a) Las Cortes no están capacitadas para especificar

En primer lugar, debemos preguntarnos si los organismos internacionales están equipados institucionalmente para especificar derechos. Es

decir, si su diseño es el adecuado para hacerlo, pues este determina la correcta distribución de responsabilidades y competencias⁵².

Dentro de las cortes internacionales —instituciones que juegan hoy un rol más inmediato en la aplicación de los DDHH en los distintos Estados⁵³—, nos interesa analizar el caso de la Corte Interamericana de DDHH por dos razones. Primero, por su vinculación directa con Chile, y segundo, porque suele ser objeto de críticas y polémicas. Esto, sin perjuicio de que parte de este análisis también puede aplicarse a la Comisión Interamericana de DDHH, que cumple un papel fundamental en el sistema continental. Nuestro interés aquí no es determinar si sus decisiones han sido o no acertadas, jurídicamente correctas o justas, sino evaluar su capacidad para tomar dichas decisiones y, por consiguiente, si estamos frente a la institución adecuada para estos efectos⁵⁴. El fondo de sus resoluciones, entonces, no es parte de este estudio. Para realizar nuestro análisis debemos atender a las estructuras y procesos de la Corte, es decir, a su diseño institucional. Como veremos, ella no cuenta con las credenciales ni los mecanismos suficientes para especificar los DDHH.

La Corte Interamericana de DDHH está compuesta por siete miembros elegidos por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), grupo integrado por los jefes de los Estados que son parte de la OEA. Cada juez debe pertenecer a un Estado miembro y no puede haber más de un juez de la misma nacionalidad. La duración del cargo es de seis años y pueden ser reelegidos solo una vez por la misma Asamblea. Según el estatuto de la Corte, sus miembros deben ser “juristas de la más alta

52 Ver Nick W. Barber, “Prelude to the Separation of Powers”, *Cambridge Law Journal*, 60 (2001); William Eskridge y Philip Frickey, “The Making of the Legal Process”, *Harvard Law Review*, 107 (1994).

53 Los comités monitores, en cambio, solo existen para algunos tratados y, además, son distintos dependiendo de las facultades que tengan. Sin perjuicio de ello, mucho de lo que se diga puede aplicarse también a ellos.

54 Ver Lon L. Fuller, *La moral del derecho* (Santiago: IES, 2019), 190. Entregar a una institución tareas que no se ajustan a su diseño hace de ella una instancia ineficaz, porque no podrán desempeñarlas lo bien que debería, en la medida en que no cuenta con los elementos necesarios para desempeñar tal tarea.

autoridad moral, de reconocida competencia en materia de DDHH, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales”⁵⁵.

Para nombrar a los jueces, cada Estado puede proponer a tres candidatos, de los cuales la Asamblea elige uno. Este sistema incentiva, por una parte, que los Estados propongan y voten por alguien de su confianza y, por otra, a que el Estado que propone un candidato goce del suficiente apoyo entre el resto de los Estados parte de la OEA, de manera que pueda conseguir los votos necesarios para que su candidato resulte electo⁵⁶. Las negociaciones políticas a las que el sistema puede dar pie son evidentes. Quienes representan a los Estados en la Asamblea General son los jefes de Estado; en definitiva, son los gobiernos de turno quienes, ejerciendo sus facultades internacionales, nombran a los jueces de la Corte. Así, la relación que estos tienen con los gobiernos de la región es un elemento clave en el proceso de nombramiento.

La Corte es, entonces, vulnerable a ser cooptada por ciertas élites políticas, lo que abre fácilmente la puerta a la promoción de agendas determinadas, afines a los gobernantes del momento. Notemos que, además, al ser las relaciones políticas un factor tan determinante en su conformación, no es evidente ni necesario que se cumplan los requisitos de neutralidad, objetividad o imparcialidad que requiere el ejercicio del cargo. Como veremos, el caso de los jueces nacionales es distinto, pues ellos están mejor protegidos de los intereses políticos, al menos desde un punto de vista estructural.

En cuanto a la responsabilidad de los jueces internacionales, la Asamblea General de la OEA, a petición de la Corte, puede removerlos de sus

cargos en caso de no observar una conducta acorde con la investidura de la que gozan, o por cualquier negligencia, impedimento u omisión en el ejercicio de sus funciones⁵⁷. Así, el poder de destituirlos recae en el mismo órgano que los nombró. La relación con los gobiernos de la región que mencionábamos antes se extiende entonces durante todo el tiempo que se mantenga el juez en su puesto (y eventualmente más, porque puede ser reelegido por una vez), y no se limita a su nombramiento. De este modo, los jueces solo responden por sus actos ante agentes internos del sistema internacional. No deben rendir cuentas ni son responsables ante organismos externos o ajenos al sistema judicial, como un congreso u otro ente que tenga funciones fiscalizadoras y de control.

Los casos que la Corte analiza son aquellos que los Estados le presentan, o bien aquellos que la Comisión Interamericana de DDHH decide someter a su conocimiento. Esto último permite que la Comisión lleve en gran medida la agenda de los casos que la Corte resuelve. El problema es que ella también puede ser fácilmente dominada por grupos políticos organizados, valiéndose del sistema interamericano para promover determinados intereses.

En cambio, en los sistemas nacionales, los jueces están sometidos a control ciudadano e institucional. En el caso de Chile, su nombramiento supone una combinación entre competencias profesionales (la carrera judicial) y la intervención de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Con este mecanismo se busca asegurar cierta independencia e idoneidad más allá del criterio político. Además, su responsabilidad puede hacerse efectiva por el mismo Poder Judicial

55 Artículo 52 y siguientes de la Convención Interamericana de DDHH, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm; artículo 4 del Estatuto de la Corte Interamericana de DDHH, <http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm>

56 Sergio Verdugo y José Francisco García, “Radiografía del sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Actualidad Jurídica* núm. 25 (2012), 186.

57 Artículo 20 Estatuto de la Corte Interamericana de DDHH, artículo 73 Convención Americana sobre DDHH.

mediante procedimientos disciplinarios —que en el caso de los tribunales superiores implica la participación de otros poderes del Estado—, y a través de recursos procesales. De este modo, la permanencia de los jueces en sus funciones no recae completamente en las mismas manos de quienes intervienen en su nombramiento⁵⁸. Todo ello se traduce en un conjunto de resguardos para asegurar, por un lado, la independencia de los jueces y, por otro, un cierto control para que ejerzan su función de acuerdo con sus competencias.

Llegados a este punto, es posible extraer algunas conclusiones acerca del funcionamiento del sistema internacional. En primer lugar, no rigen en el diseño de la Corte las lógicas de la representación. Esto es relevante porque, si bien deciden asuntos importantes y sensibles para los ciudadanos, representarlos no está entre los propósitos de su estructura. Sumado a lo anterior, los jueces están sometidos a escaso control, lo mismo que los miembros de la Comisión. Así, no solo toman decisiones en asuntos delicados para la ciudadanía —prescindiendo de su participación—, sino que, además, cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para hacerlo. Por todo lo anterior, se trata de una institución (y de un sistema, en general) que, en vez de limitarse a determinar cuándo se ha vulnerado un derecho, puede responder a criterios de grupos políticamente organizados y es susceptible de ser utilizada para avanzar en políticas que responden al interés de un solo grupo⁵⁹. En ese escenario, el activismo judicial, que no es propio de los jueces internacionales pero que sí se da entre ellos, es especialmente grave. Al no ser electos, no rinden cuentas y estar sujetos a escaso control, pueden impulsar agendas legítimas, pero desde un lugar

que no solo debiera cumplir otros objetivos, sino que, por su diseño institucional, los hace inalcanzables. En definitiva, se priva a los ciudadanos de cada Estado de someter esas agendas a discusión y se impulsan desde una especie de Olimpo.

Con todo, las características de la Corte Interamericana pueden ser, al mismo tiempo, un defecto y una virtud. Por ejemplo, su carácter internacional, su ubicación geográfica o el momento —generalmente tardío— en que la Corte toma conocimiento de un asunto, tienden a alejarla del caso concreto. Esto puede considerarse un defecto, en el sentido de que al resolver un caso es fundamental considerar sus circunstancias y realidad concreta; por lo tanto, el juez no puede ser un ente abstracto y angelical⁶⁰. Si bien la justicia supone ciertas reglas generales y universales, ellas siempre se aplican a casos particulares que tienen sus propias características. Son precisamente estas características las que determinarán, en último término, la solución más justa. Dicho de otro modo, la justicia no es algo etéreo que opera en el campo de las ideas, sino que, por el contrario, siempre se concreta (o no) en una situación determinada: hay *situaciones* más o menos justas, no justicia en términos abstractos. De ahí que la aplicación de la ley, por ejemplo, sea un asunto mucho más complejo que solo recurrir a un listado de normas del cual se puede elegir a discreción; por el contrario, cada caso ocurre en un contexto y bajo circunstancias particulares que justifican la aplicación de ciertas reglas y la exclusión de otras para alcanzar resultados más justos⁶¹.

Naturalmente, esa particularidad no puede apreciarse cabalmente desde una lejanía temporal y espacial. ¿Qué tan justa es, entonces, la justicia internacional? Integrada por personas de

58 Por regla general, los jueces chilenos son inamovibles de su cargo.

59 Lo dicho hasta acá también puede aplicar, en alguna medida y con ciertas distinciones, a los órganos monitores que habíamos mencionado. Están compuestos por un grupo de expertos que son nombrados en base a sus conocimientos técnicos y no según las lógicas de la representación, tampoco rinden cuenta ante la ciudadanía u otro órgano.

60 Delsol, *Unjust Justice*, 86-87.

61 Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método*, tomo I (Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999), 383-396.

distintas nacionalidades, responsable solo frente a la comunidad internacional y ajena en el tiempo y en el espacio de los casos que resuelve, la Corte carece de un vínculo con los países y no puede atender a las circunstancias particulares del hecho; la justicia que imparte es más bien abstracta y universal, y prescinde de los horizontes culturales de las personas⁶². Lo anterior se vuelve un problema simplemente porque “hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal”⁶³. Pese a esa abstracción, sus decisiones influyen en los asuntos internos y concretos de los Estados. Además, al encontrarse físicamente lejos de los ciudadanos, estos eventualmente pueden dejar de percibir sus decisiones como legítimas, lo que es de la mayor gravedad.

Esa misma lejanía, sin embargo, puede resultar ventajosa. A fin de alcanzar los ideales de imparcialidad e independencia que caracterizan a un proceso justo, es preciso que el juez no se encuentre involucrado en el caso sobre el que debe fallar. La distancia de la Corte puede ser una garantía para que ello ocurra, ya que la vuelve menos sensible a las presiones del momento o a las discusiones políticas contingentes. Un juez nacional, en cambio, podría verse envuelto de manera más directa en las implicancias sociales, políticas y culturales de un caso.

El asunto, como se ve, tiene cierta complejidad y supone equilibrar distancia y perspectiva con la capacidad real de conocer las circunstancias que rodean un asunto, pues la justicia es siempre concreta.

b) Pasa por alto a la institucionalidad local

En segundo lugar, el sistema interamericano carece de una institucionalidad que asegure ciertos

valores relevantes, como la independencia de distintos órganos y su control, la democracia y la responsabilidad de las autoridades.

El ordenamiento institucional en Chile, por ejemplo, busca, entre otras cosas, proteger la democracia y evitar arbitrariedades y abusos de facultades. Para eso, los poderes del Estado recaen en personas distintas, existe un sistema de control mutuo y mecanismos de responsabilidad. Usualmente los Estados cuentan con un diseño según el cual los distintos órganos y procedimientos controlan y limitan al poder político. Este diseño contempla, además, un engranaje más o menos eficiente de órganos y funciones, que posibilitan una adecuada conducción de los asuntos públicos y que tiende a cuidar ciertos bienes como la democracia, el respeto a las minorías o el debido proceso.

Por el contrario, nada de esto sucede en el marco internacional. Este funciona en un contexto muy distinto al de los Estados y carece de muchos de sus elementos. En el sistema interamericano, por ejemplo, no existe un órgano que funcione como contrapeso de la Corte ni de la Comisión; tampoco hay mecanismos mediante los cuales las Cortes se hagan responsables ante los Estados ni los ciudadanos, ni separación de poderes. En definitiva, existen pocas “protecciones institucionales”.

Se trata, entonces, de un sistema jurídico que no es capaz de proteger una serie de bienes que los Estados, en teoría, sí son capaces de resguardar. Desde luego, estos tendrán que recurrir al sistema internacional en la medida en que el desarrollo humano de sus habitantes lo exija⁶⁴. Pero aquel estará siempre llamado a operar de manera subsidiaria a los Estados y según el marco fijado por ellos. Un sistema jurídico internacional

62 Delsol, *Unjust Justice*, 86.

63 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 10, 1137a14-15.

64 Ver Timothy Endicott, “The Logic of Freedom and Power”, en John Tasioulas y Samantha Besson (eds.), *The Philosophy of International Law* (Oxford: OUP, 2010).

no puede, entonces, operar de la misma manera que uno nacional.

c) Debilitamiento de la democracia

Además de encontrarse en un contexto ajeno a la institucionalidad nacional, el modo en que opera el sistema interamericano de protección de DDHH —las decisiones que actualmente toma y la manera en que las adopta— corre el riesgo de debilitar la deliberación democrática al interior de los Estados.

En primer lugar, porque traslada la deliberación en torno a determinados asuntos a sede judicial internacional. Como habíamos señalado, la manera en que están redactados los derechos humanos permite incluir en el razonamiento de los jueces o de los miembros de las comisiones internacionales cuestiones que exceden los instrumentos jurídicos y el mandato de los Estados. A esto se suman las falencias institucionales que impiden el control democrático por parte de la población y de otros órganos.

En segundo lugar, el sistema internacional de DDHH tiende a erosionar la democracia porque contribuye a perpetuar una dinámica que no es patrimonio exclusivo suyo, sino que es propia del constitucionalismo de los últimos años: el lenguaje legalista de los derechos que ha invadido la cultura contemporánea.

La consagración de los DDHH en instrumentos jurídicos internacionales fue permeando la cultura de Occidente hasta lograr instalar un lenguaje que tiende a traducir todo a derechos. De a poco, el lenguaje de los derechos fue traspasándose

del campo jurídico a la cultura y la sociedad. Así, comenzó a dominar el discurso público, es decir, el lenguaje propio de la deliberación en torno a los asuntos comunes: el lenguaje político⁶⁵. Mary Ann Glendon sostiene que el lenguaje que hemos desarrollado para expresarnos públicamente ya no se vale de otros elementos culturales como la historia, la tradición o la religión para articular y expresar valores compartidos, sino que está cruzado por conceptos legales⁶⁶. El modo en que expresamos nuestros intereses, preferencias o visiones de mundo es, precisamente, en términos de derechos⁶⁷. Y como ellos gozan de cierta importancia en la cultura y tienden a estar revestidos de un carácter absoluto (i.e., no admiten limitación y no pueden ser relativizados)⁶⁸, las ideas políticas quedan cristalizadas: no cabe, entonces, ninguna pregunta o discusión en torno a ellas en sede política⁶⁹. En este escenario, el conflicto político se traduce en un conflicto de derechos⁷⁰ que queda, por lo mismo, fuera de toda deliberación.

d) Homogenización

El hecho de que ciertas cuestiones se aparten de las instancias deliberativas tiene un efecto adicional: a través del aparato internacional, el DIDH tiende a homogenizar. Como habíamos visto, las cortes se ven enfrentadas a asuntos que muchas veces suponen consideraciones políticas o morales. Estas pueden ser de muy diversa índole y variar dependiendo del lugar, la época o la persona. Al resolver asuntos que admiten diversos modos de concretarse, el sistema interamericano pone en peligro una de las características más

65 Glendon, *Rights Talk*, 3.

66 *Ibid.*, 3.

67 Elsthain, *Democracy on Trial* (Toronto: Anansi, 2011), 164-191.

68 Glendon, *Rights Talk*, xi y 14.

69 Digo “en sede política” porque al presentarse los conflictos políticos en la forma de conflicto de derechos, el debate se traslada a sede judicial. Cuando los derechos expresan intereses o ideas políticas, lo que resuelven los tribunales es en realidad un conflicto político. Por lo tanto, el debate sobre lo que esos derechos expresan no se produce ni en sede política o democrática ni en términos políticos, sino en sede judicial y revestido de términos jurídicos.

70 Glendon, *Rights Talk*, 14.

esenciales de la democracia: la diversidad. Mediante el DIDH no necesariamente se asegura, como muchos creen, la neutralidad, sino que se corre el riesgo de instaurar una mirada uniforme que no admite pluralidad. Resolver tales asuntos en sede democrática, en cambio, le permite a cada grupo humano decidir en su propia época y bajo sus propias circunstancias.

V. ¿No supone la democracia el respeto a los DDHH?

Alguien que adscribe a un “concepto grueso” de democracia podría objetar que el DIDH no la debilita, sino todo lo contrario. Según esa objeción, la democracia implica el respeto a los derechos humanos y, por lo tanto, desarrolla naturalmente un sistema capaz de protegerlos. Un país más democrático es uno que respeta y promueve los derechos de las personas, sin distinguir si se trata de derechos civiles y políticos o de otro tipo. Así, ahí donde hay pleno ejercicio, por ejemplo, de los llamados derechos sexuales o reproductivos, habría más democracia. Los sistemas internacionales de DDHH, en definitiva, la consolidarían.

Es cierto que la democracia se asocia, correctamente, al pleno respeto y ejercicio de los DDHH⁷¹. Sin embargo, aunque se trata de conceptos íntimamente relacionados, no pueden confundirse. Hacerlo, por un lado, puede significar perder de vista la especificidad de cada uno⁷². Por otro lado, tal confusión oscurece más que ilumina el panorama, pues, al no tener claridad acerca de los conceptos en juego, nunca queda claro qué exigirle a uno u otro, ni cómo fortalecerlos. La precisión en el plano conceptual permite tomar decisiones más acertadas en el plano práctico.

Tanto la democracia como los DDHH son aspectos importantes del bien común y comparten su fundamento: la dignidad humana. En ese sentido, las relaciones entre ambos siempre serán estrechas y en ningún caso opuestas. No obstante, resulta esencial recordar que la democracia es algo distinto a los DDHH, y un mayor respeto a estos últimos no necesariamente implica un fortalecimiento de la primera (ni viceversa), sin perjuicio de otras consecuencias positivas que deriven de su respeto y promoción.

En términos muy generales, la democracia consiste en una forma de gobierno. Desde un punto de vista procesal, es un método por el cual un grupo toma decisiones⁷³. Esta, sin embargo, no se agota en un puro sentido formal, sino que exige ciertas condiciones sustantivas, como grados suficientes de igualdad o de libertad de expresión. De ahí, sin embargo, no se sigue que todo DDHH sea constitutivo de la democracia. Jean Bethke Elshtain, intentando explicar la relación de la que hablamos, afirma que la democracia consiste mínimamente en la articulación de ciertas inmunidades, esferas de la vida que nos serán protegidas siempre, ante cualquier intervención: “los ‘no harás’ (*‘thou shalt nots’*) de la regla política”⁷⁴. Se trata de ciertas condiciones mínimas para que la democracia opere, generalmente identificadas con los llamados derechos negativos —por ejemplo, nadie puede privar de su vida a un inocente—. Hay otros asuntos, generalmente formulados como derechos positivos, respecto de los cuales las distintas culturas difieren, pero no por eso son menos democráticas. Aquellos pueden considerarse buenos y dignos de impulsar por razones muy importantes: promover la inclusión, evitar la violencia o por razones de justicia;

71 Ver Elshtain, “Democracy and Human Dignity”.

72 Así, John Tasioulas, por ejemplo, respecto de un asunto distinto pero que puede servir para comprender el punto, explica cómo el hecho de entender los derechos solo en base a su función política, es decir, como dispositivos que dotan de legitimidad a las instituciones políticas, puede minar la concepción misma de derechos al perder de vista su característica esencial: la igual dignidad de todas las personas. John Tasioulas, “Human Rights, Legitimacy, and International Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, 58, núm. 1 (2013): 8-13.

73 Tom Christiano, “Democracy”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2006). Ver en: <https://plato.stanford.edu/entries/democracy/>

74 Elshtain, “Democracy and Human Dignity”.

pero ¿no deben los mismos Estados pronunciarse respecto de ellos? Y, en cualquier caso, ¿no deben los miembros de una comunidad definir si es que ellos son relevantes para la democracia?

Sin duda, la democracia puede equivocarse. Las mayorías pueden tomar decisiones injustas; de ahí que sea importante buscar mecanismos que limiten el poder político. De hecho, las declaraciones de DDHH surgieron, como vimos al comienzo, justamente con ese fin. Pero el límite a los abusos que puede cometer el poder político y la suplantación de la política son cosas distintas. En este sentido, no puede decirse que un sistema internacional de DDHH fortalezca, necesariamente, la democracia. Por el contrario, su efecto puede ser exactamente el opuesto. De ahí que el sistema internacional de protección de DDHH debe ser muy deferente con los Estados y la democracia, y las razones para intervenir, muy poderosas. Por lo demás, si algo es consustancial a la democracia es la idea de que el poder público debe tener límites, y todas las autoridades, incluyendo a los jueces, deben actuar dentro de su legítima esfera de competencias. Las últimas consideraciones nos llevan, entonces, a replantearnos el rol que las cortes internacionales de DDHH —así como también los sistemas internacionales de DDHH en que ellas se insertan— están llamadas a cumplir.

Reflexiones finales

Los sistemas internacionales de DDHH contribuyen a asegurar el respeto a los DDHH dentro de los Estados. La pregunta es cómo hacerlo sin erosionar otros aspectos valiosos del bien humano, sin extralimitar el mandato que reciben de los Estados ni sacrificar su eficacia y legitimidad⁷⁵.

Como se vio a lo largo de este informe, es fundamental que dichos sistemas no suplanten a los Estados. Es decir, deben permitir a los tribunales nacionales cumplir su función de manera autoritativa y según las leyes del país correspondiente, dejando espacio para la deliberación política al interior de cada uno.

En este punto, es útil distinguir entre aquellas obligaciones de los Estados que son “negativas” y absolutas y que, generalmente, recaen sobre cuestiones especialmente graves como la prohibición de tortura, la esclavitud o la prohibición de matar al inocente; y aquellas que admiten múltiples interpretaciones y visiones⁷⁶. En cuanto a las primeras, las cortes internacionales debiesen ser un espacio privilegiado para pronunciarse respecto a los incumplimientos de tales obligaciones y, por lo tanto, proteger los derechos asociados. En cambio, debiesen guardar extraordinaria deferencia con los tribunales nacionales cuando se trate de las segundas. Al hacerlo, también estarán respetando el espacio de las instancias democráticas de la comunidad. El modo en que están reconocidos los DDHH permite que existan muchas interpretaciones sobre los mismos y diversas maneras de concretarse. Si esa interpretación se deja exclusivamente en manos de jueces ajenos a la cultura de cada país, se priva a las comunidades locales de la posibilidad de ser artífices de su propio destino. Más todavía si ellas no tienen ningún tipo de control sobre los organismos internacionales y el vínculo entre estos y aquellas apenas puede identificarse.

Sobre lo segundo, la deliberación democrática, si es considerada valiosa, debe ser protegida y fortalecida por las instancias internacionales. Lo fundamental de los derechos es que expresan diversas exigencias de justicia, es decir, aspectos del bien común que nos debemos unos a otros en

75 Ver Mary Ann Glendon y Seth D. Kaplan, “The Universal Declaration Turns 70”, *The American Interest*, 19 de diciembre de 2018. Disponible en: <http://www.the-american-interest.com/2018/12/19/the-universal-declaration-turns-70/>

76 La distinción en la manera de redactar algunos derechos de una forma u otra no es casual, sino que busca, justamente, hacer que algunos derechos sean más difíciles de limitar y permitir distintos modos de concreción para otros.

nombre de ella. Sin embargo, nada dicen acerca de esas exigencias⁷⁷. Cuáles son y cómo satisfacerlas admite muchas respuestas razonables; aunque diversas, hay innumerables alternativas que pueden ser justas⁷⁸. Dicha decisión no puede abstraerse de los elementos culturales, políticos y morales que la rodean, ni debe ser concluyente o absoluta⁷⁹. Más bien, debe permitir a las generaciones futuras decidir en torno a ellas. Lo contrario solo terminará instaurando una visión de mundo homogénea, que predominará sobre otros países, sin tomar en consideración

el mundo particular que supone cada territorio, perjudicando así el pluralismo y la diversidad.

Solo por medio del equilibrio de los distintos bienes en juego podrá resguardarse la legitimidad de las instancias democráticas nacionales y de los organismos internacionales con que ellas interactúan. Asimismo, las bajadas prácticas de estas reflexiones son muchas y muy variadas. El propósito no es dar respuesta a todas ellas, sino iluminar una de las tantas aristas que probablemente se discutirán en nuestro proceso constituyente.

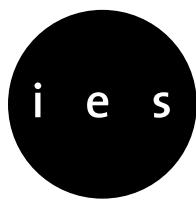
77 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 210.

78 *Ibid.*, 220.

79 *Ibid.*, 220-221.

Cómo citar este documento:

Mariana Canales, "Proceso constituyente y derechos humanos: tensiones y propuestas", *Informe IES* (mayo de 2021).



instituto
de estudios
de la sociedad

www.ieschile.cl

Renato Sánchez 3838, Las Condes, Santiago. T: 223217792 | 99