



¿Qué debe decir la nueva Constitución sobre derechos humanos? 😊

Opinión Experta

Judith Schönsteiner PhD, Lesly Adriana Martínez Figueroa, Gonzalo Bastián Mellado Calderón, Belén Ignacia Mendoza Toporowicz, Centro de Derechos Humanos, UDP

contexto+

Resumen

Esta minuta explica por qué  es importante “incorporar” los tratados internacionales sobre derechos humanos en la nueva Constitución, y cómo hacerlo para lograr su eficaz respeto, protección y garantía. Identifica también los otros ámbitos de la Constitución que deben apoyar este objetivo. 

Introducción

Los derechos humanos son “universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”, constató la Conferencia de Viena de 1993. Chile ha ratificado muchos tratados de derechos humanos que obligan al país respetar, proteger y garantizarlos para todas las personas que se encuentran en su territorio, sin discriminación alguna. Para que este compromiso internacional se haga efectivo, debe estar correctamente reflejado en el derecho interno, particularmente en la Constitución, donde se encuentran los derechos “hermanos” de los derechos humanos, o sea, los “derechos fundamentales”. Sin embargo, en la situación actual, si los derechos fundamentales protegen y garantizan nuestros derechos en menor medida de lo consagrado en los tratados de derechos humanos, las personas no pueden reclamar éstos últimos en tribunales y se quedan sin una protección efectiva. En esta ficha, explicamos cómo los derechos humanos se incorporan en la actual Constitución, y qué debería mejorar en la nueva.

La actual Constitución



P: ¿Cómo se incorporan los tratados que Chile ratifica al ordenamiento jurídico interno?

R: A través de una “cláusula de incorporación” establecida en el artículo 5º inciso 2º de la actual Constitución, que limita la soberanía del Estado sobre las personas, y define como obligación de todos los órganos del Estado respetar y promover los derechos que “emanan de la naturaleza humana”, garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos que Chile ha ratificado “y se encuentren vigentes”.

P: ¿Cuál es la diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos?

R: Se distingue entre los derechos fundamentales que están reconocidos en la Constitución, y los derechos humanos que se reconocen en los tratados internacionales. *Idealmente*, el listado de los derechos en la Constitución y su contenido debiesen ser iguales a los derechos humanos que se consagraron en los tratados internacionales.

P: ¿Cuánto “pesan” los derechos humanos en la Constitución actual?

R: Los abogados hablan de la “jerarquía del sistema de fuentes” para responder a esta pregunta.

Jerarquía del sistema de fuentes según el Tribunal Constitucional



La Constitución no indica expresa y claramente la posición del derecho internacional de los derechos humanos en la pirámide de fuentes nacionales.

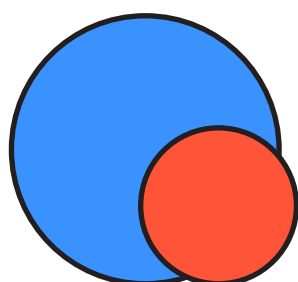
El Tribunal Constitucional considera que los tratados internacionales de derechos humanos tienen jerarquía supra-legal, pero infra-constitucional.

P: ¿Qué problemas genera el actual artículo 5º inciso 2º?

R: Si una norma constitucional contraviene lo establecido en los tratados de derechos humanos, aplica la norma constitucional. Eso significa que, en los tribunales de nuestro país, no se aplicará el tratado internacional de los derechos humanos, sino, una norma que no garantiza el derecho cabalmente. O sea, en otras palabras, si un derecho fundamental es menos garantista que un derecho humano definido internacionalmente, la persona ve su derecho humano restringido, a menos que el tribunal haga un esfuerzo - al que no está obligado formalmente - para interpretar el derecho fun-

damental “en conformidad con” el derecho humano. Esta situación está prohibida por el derecho internacional, que no permite invocar una norma del derecho interno para justificar el incumplimiento de una internacional.

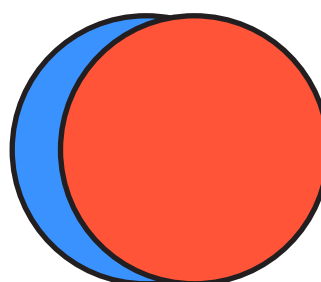
Situación deficiente



Derecho humano

Derecho fundamental

Situación ideal



Esta situación deficiente existe, por ejemplo, en relación con el derecho a la educación. Otros derechos humanos simplemente no están reconocidos en nuestra Constitución, como el derecho humano al agua potable y saneamiento, o el derecho a la vivienda digna.

P: ¿Qué problemas adicionales existen?

R: El Tribunal Constitucional ha definido la “doctrina de la auto-ejecutabilidad”. Esto significa que un tratado de derechos humanos solo se puede invocar directamente en los tribunales de justicia si está redactado de forma detallada y específica. Por ejemplo, el derecho a la vivienda definido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no sería lo suficientemente específico y preciso para que un juez/una juez lo pueda aplicar. Solo si el Congreso adoptara una ley adicional, el derecho humano se puede reclamar en tribunales. Por eso el derecho a la vivienda, por ejemplo, se considera “no-justiciable” (no se

puede invocar ante los tribunales). Incluso considerando que es difícil redactar detalladamente el contenido y alcance de un derecho social, por ejemplo, el derecho internacional define la obligación de proveer acceso a la justicia por lo menos para el “núcleo” del derecho, o sea, sus elementos más fundamentales, incluyendo la prohibición de la discriminación.

Resumen de la situación:



P: ¿Qué dice el derecho internacional de los derechos humanos al respecto?

Un Estado debe “adecuar su derecho interno” a sus obligaciones internacionales y velar para que no se produzcan decisiones, políticas públicas o leyes que violen la garantía de los derechos humanos de las personas (ver por ejemplo, Art. 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Incorporación de los tratados de derechos humanos en otras constituciones

¿Cómo las constituciones del continente incorporan el derecho internacional de los derechos humanos?

Estado	Cláusula de incorporación (tratados)	Jerarquía infra-constitucional	Jerarquía constitucional	Cláusula de interpretación conforme	Auto-ejecutabilidad	Bloque de constitucionalidad
Argentina	■		■		■	●
Bolivia	■		■	■		■
Brasil	■	■	■			
Chile	■	●				
Colombia	■		■	■	■	■
Costa Rica	■	■	●		■	●
Ecuador	■				■	●
Estados Unidos	■		■		excluida	
México	■			■	■	●
Perú	■ y cláusula de no-exclusión de derechos			■		●
Venezuela	■		■		■	

■ : Referencia a los tratados de derechos humanos en el texto constitucional;
 ● : Reconocimiento en la jurisprudencia; ▲ : Desarrollo en la doctrina

Observaciones: Ninguna de las constituciones del continente tiene una cláusula de ejecución, o sea, una regla sobre cómo implementar decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos. La Constitución alemana tiene una referencia al derecho internacional consuetudinario y le reconoce primacía sobre las leyes (Art. 25).

Soluciones para la nueva Constitución



P: ¿Cómo resolver los problemas del actual sistema de incorporación?

R: Si los tribunales tuvieran siempre la obligación de interpretar cada derecho fundamental de la misma manera como está definido nuestro derecho humano, no habría problema. Eso se puede lograr:

- a. Eliminando las inconsistencias sobre la *auto-ejecutabilidad*,
- b. Cambiando la **jerarquía** de los tratados internacionales de derechos humanos,
- c. Introduciendo una cláusula de “**interpretación conforme**”,
- d. **Definiendo los derechos fundamentales de la misma manera que están reconocidos internacionalmente**,
- e. **Reiterando** la referencia a los tratados de derechos humanos en las leyes relevantes.
- f. Adoptar **políticas públicas con enfoque de derechos humanos**. Este enfoque de derechos humanos debiera estar mandado por la misma Constitución.

Propuesta alternativa para la jerarquía de fuentes



La nueva Constitución debiera poner los derechos fundamentales y los derechos humanos a la misma altura. Ambos debieran estar en la cúspide de la pirámide. Los argumentos para ello son:

1. Los tratados de ddhh tratan materia de derechos fundamentales, entonces, deben estar a la misma “altura” que ellos.
2. Con esta definición de jerarquía, Chile podría evitar estar en constante incumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos.

Las cláusulas de interpretación consisten en “consagrar expresamente la necesidad de interpretar ciertas normas constitucionales y/o legales a la luz de los compromisos internacionales”. (Núñez, 2018: 384). Tal cláusula orientará a todos los órganos del Estado en su interpretación y aplicación de la Constitución y las leyes, y evitará que las decisiones del Estado sean contrarias a la definición de los derechos humanos en los tratados internacionales, así como la interpretación autoritativa que realizan los órganos internacionales de supervisión, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las **cláusulas de interpretación conforme** permiten que se respete el principio de interpretación evolutiva, o sea, respondiendo a eventuales cambios en el contexto social.

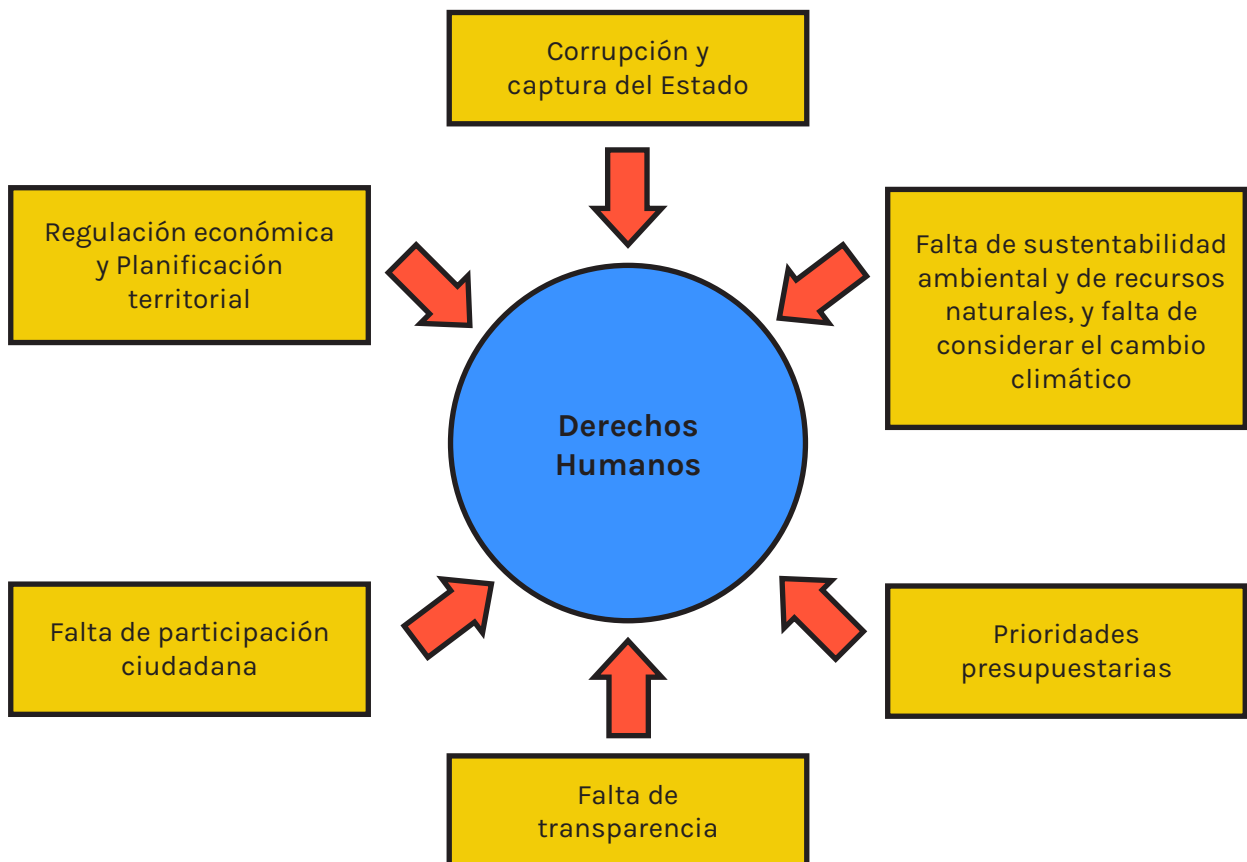
Finalmente, los tribunales en Chile siguen una cultura jurídica “legalista”, o sea, miran primero el texto de las leyes, presumiendo su constitucionalidad. Esto significa incluso que a veces, la Constitución se interpreta a la luz de esta tradición que viene del Código Civil, no de la Constitución (Silva 2014). Para lograr una mayor consistencia interpretativa, las leyes deberían reflejar los estándares de derechos humanos que se deben aplicar a la respectiva materia.

P: ¿Cuáles son las otras normas constitucionales que van a ser importantes para el respeto y la garantía de los derechos humanos?

R: El respeto y la garantía de los derechos humanos no solo dependen de las cláusulas de incorporación e interpretación. Más bien, dependen en gran medida de las definiciones que se toman en relación con otros ámbitos que suelen regular las constituciones, especialmente, asuntos de **presupuesto**, prevención de **corrupción y captura**

del Estado; probidad, transparencia y acceso a la información; participación ciudadana, y particularmente, la regulación de la economía, incluyendo la planificación territorial, para lograr el efecto horizontal eficaz de los derechos humanos. El efecto horizontal significa que los derechos humanos se deben respetar también en las relaciones entre privados, ya sea entre personas naturales o entre personas jurídicas y personas naturales. Finalmente, el goce de los derechos humanos dependerá también de la capacidad de proteger el medioambiente, la sustentabilidad y la protección ante el cambio climático.

Factores que pueden “presionar” al respeto y garantía de los derechos humanos, y que debieran definirse de tal manera que estos no se restrinjan indebidamente.



Conclusiones

Es por todas estas razones que se debe dar prioridad a los derechos fundamentales/derechos humanos por sobre las otras consideraciones definidas en la Constitución. En otras palabras, los derechos humanos deben considerarse la cúspide de la Constitución. Esto no significa una libertad sin límites, lo cual no es deseable ni tampoco protegido por los tratados internacionales. Más bien, cualquier límite a los derechos humanos se debe justificar por un fin legítimo definido en los tratados internacionales (necesidad en una sociedad democrática), por ejemplo, la salud pública o los derechos de las demás personas, la idoneidad de la medida, y su proporcionalidad.

Así, el enfoque de derechos humanos, caracterizado por el respeto y la garantía de los derechos fundamentales/ derechos humanos, y transversalmente, la no-discriminación, la participación ciudadana, y la la transparencia / el acceso a la información pública, debe regir la redacción de la nueva Constitución, su futura interpretación y aplicación, pero también la adopción de leyes y políticas públicas (CIDH 2018).



Referencias

Nuñez, Constanza (2018), “Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución”, 24 *Revista Ius et Praxis* 379.

Bertelsen, Raúl (2019), “Fuerza normativa de la constitución y judicialización de los derechos sociales de prestación”, 15 *Derecho Público Iberoamericano* 115.

Cremer, Hendrik (2014), “Uneingeschränkte Rechte für junge Flüchtlinge” *Zuschrift* 16/497, Vorlage 16/2021, Stellungnahme 16/2049, Berlin. Deutsches Institut für Menschenrechte.

Galdaméz, Liliana (2013), “Comentario jurisprudencial: la consulta a los pueblos indígenas en la sentencia del tribunal constitucional sobre ley de pesca ROLES Nos. 2387-12-CPT Y 2388-12-CPT, acumulados”, 11 *Estudios Constitucionales* 621.

Góngora, Eduardo (2014), “La Difusión del Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia Latinoamericana y su Potencial en la Construcción del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*”, en: Bogdandy, Armin von et al. (ed), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, UNAM.

Jordán, Tomás (2007), “La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la constitución chilena”, 5 *Estudios Constitucionales* 185.

Mesquita, Eleonora (2016), “Constitución y tratados internacionales de derechos humanos: una relación ambivalente en el derecho brasileño”, 46 *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 357.

Nash, Claudio y Núñez, Constanza (2017), “Recepción formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencias comparadas y el caso chileno”, 50 *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 185.

Prada, María Angélica (2013), “La integración del derecho internacional en el sistema colombiano”, *Manual Protección Multinivel de Derechos Humanos*. Madrid.

Rea, Sergio (2014), “El reconocimiento constitucional de los Derechos Humanos en Latinoamérica”, 11 *Revista de Derechos Fundamentales*, Universidad Viña del Mar, 93.

Schönsteiner, Judith (2016). “El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador”, 29 *Revista de Derecho (Valdivia)* 197.

Silva, Luis (2014), “La Dimensión Legal de la Interpretación Constitucional”, 41 *Revista Chilena de Derecho* 437.

Sloss, David (1999), “The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties”, 24 *Yale J. Int'l L.* 129.

Waters, Melissa (2007), “Creeping monism: the judicial trend toward interpretive incorporation of Human Rights Treaties”, 107 *Colum. L. Rev.* 628.