



Artículos



Santiago, 25 de agosto de 2016

Estudio empírico UDP muestra patrones de uso de derecho internacional de los derechos humanos en el TC.

Solamente algunos ministros consideran el derecho internacional de los derechos humanos como fuente de derecho.

Por: Judith Schönsteiner

Una investigación empírica que recientemente fue publicada en la Revista de Derecho (Valdivia)[1] realizada por Judith Schönsteiner, profesora de derecho internacional público en la Universidad Diego Portales, muestra datos inéditos sobre el uso del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) por el Tribunal Constitucional de Chile.[2] Identifica, a través de un análisis empírico-descriptivo (cualitativo y cuantitativo) entre todos los votos de mayoría y de minoría emitidos entre 2008 y 2013, distintos patrones de referencia a ese cuerpo de normas, a saber, rechazo sistemático, no-uso sistemático, cita sistemática, y cita selectiva o *cherry-picking*, por parte de los distintos ministros.

A partir de los datos se deduce que solamente algunos ministros consideran el derecho internacional de los derechos humanos como fuente de derecho. El estudio también indagó posibles razones que expliquen las diferencias, basado en un análisis de sentencias, entrevistas con ministros, y evidencia empírica adicional. Ello relacionaría con los aspectos cualitativos y dogmáticos que han presentado autores como Núñez (2009) o Nogueira (2012). Mientras los datos empíricos levantados en el actual estudio no pudieron del todo confirmar los datos presentados por el profesor Nogueira, y por tanto, no comparte su visión optimista sobre el creciente uso del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto fuente y en forma de bloque de constitucionalidad, sí comparte algunas de las hipótesis de por qué los ministros están reacios hacia la referencia a estas normas.

El análisis propuesto permite concluir lo siguiente: primero que los ministros del Tribunal Constitucional no han aún encontrado un consenso en relación a cuándo referenciar el DIDH en la jurisprudencia constitucional. En lo particular, el análisis cuantitativo ha permitido ubicar el fenómeno de las referencias al DIDH en relación a su tamaño o relevancia. Así, pudimos ver que en un 70% de los casos que han sido decididos por el tribunal entre 2010 y 2013, los requirentes o las partes han invocado un argumento de DIDH. Pero que en solo un 15,4% de todos los casos, la mayoría del Tribunal ha discutido este argumento, y que en un adicional 12,8% lo hicieron ministros individuales en sus votos particulares o prevenciones.

Como la autora busca demostrar, lo que aparece en la jurisprudencia del Tribunal (en los votos de mayorías) constituye un mínimo común denominador que además, como otros han dicho, varía según

tema (Nogueira 2012, Núñez 2009). De los datos nuevos se concluye que la posición de la mayoría de las referencias no responde a criterios de coherencia o conformidad mínimas con las reglas de interpretación del derecho internacional, y se puede agregar, menos aún a una lectura de *corpus iuris* del DIDH. La razón parece ser principalmente que este mínimo común denominador no ha sido construido de una manera sistemática o lógica.

Segundo, las cifras presentadas a lo largo del artículo confirman no solamente la dificultad del Tribunal de llegar a un mínimo común denominador acerca del DIDH, sino también que no existe claridad sobre el rol del juez constitucional en cuanto a su deber de explicitar, *iura novit curia* o corrigiendo las partes, el sentido y alcance de la Constitución y su relación con el DIDH, y especialmente, la jurisprudencia de tribunales y órganos internacionales. Las posiciones se están diversificando. Como un ministro lo identificó en las entrevistas que se realizaron para el estudio, el Tribunal está en "una situación de inflexión"[3] en relación al uso del DIDH en las sentencias.

Tercero, la publicación establece a partir de la doctrina y los resultados cuantitativos y la lectura de los votos, cuatro modos de referenciar el DIDH: primero, un rechazo *explícito* de referirse a estándares internacionales; segundo, una *ausencia sistemática* de referencias al DIDH; tercero, *referencias ocasionales* cuyo uso depende de la conveniencia de alguna fuente aislada o jurisprudencia descontextualizada que se refiere a mayor abundamiento - pero sin presentar un análisis del alcance y contenido de la norma internacional a partir del abanico de fuentes y las reglas de interpretación del derecho internacional consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El *cherry picking* de referencias se ocupa para agregar un elemento de persuasión a lo que ya se había concluido a partir del derecho interno; y cuarto, la *referencia sistemática* al DIDH, que aparece como referencia solamente a los tratados, o referencia también a la jurisprudencia internacional (el estudio contiene tablas que presentan en qué medida los distintos ministros se pueden asociar a uno de estos modos).

Vale destacar que esta categorización de modos de referenciar no dice nada sobre el argumento jurídico que se hace en relación del derecho internacional, qué rango se le otorga al DIDH, o si la interpretación de los estándares se efectúa de acuerdo al derecho internacional. Sin embargo, adelantamos la hipótesis que podría inspirar trabajos futuros, en el sentido de que parece haber un cierto grado de correlación entre un modo sistemático de referencias, y una interpretación conforme a las reglas de interpretación del DIDH, o por lo menos, del derecho internacional general.

Cuarto, buscando razones por las divergencias o inconsistencias en los votos de los ministros, al parecer serían las más relevantes: el funcionamiento interno del tribunal - a saber su falta de deliberación propiamente tal y el carácter de presentación colegiada de los racionios, y no solamente de los resultados; pero especialmente, su postura sobre ciertos asuntos morales y políticos regulados en el DIDH (por ejemplo, autonomía y auto-determinación indígena, asuntos morales como las relaciones entre personas del mismo sexo).

Quinto, y lo más notorio, son los consistentes indicios y evidencias, resumidos arriba, que solo tres ministros parecen considerar que el derecho internacional convencional de los derechos humanos podría constituir *fuerza de derecho* aplicable en pos del artículo 5.2 de la Constitución. Según el estudio, los otros ministros muestran directa o indirectamente que el valor de una referencia al DIDH es a lo máximo persuasivo. Es solo un ministro quien reconoce el valor de fuente auxiliar (y no solamente persuasivo) a la jurisprudencia de órganos internacionales de los derechos humanos.

Queda pendiente determinar a futuro, cuáles son las teorías de interpretación con las que los ministros que sí usan el DIDH, se acercan a su mandato de jueces constitucionales. Será de especial interés si estas teorías se mantienen estables o si por factores por ejemplo temáticos, vayan cambiando a lo largo del tiempo. Este análisis detallado permitirá dilucidar cuál es la probabilidad de cumplimiento por parte del TC chileno, de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

En definitiva, y desde la perspectiva del DIDH, el estudio de Schönsteiner concluye que la jurisprudencia actual del TC no garantiza el cumplimiento con las normas internacionales de derechos humanos con las cuales Chile se ha comprometido. A pesar del mandato del artículo 5.2 de

la Constitución que "todo órgano" respete y proteja los derechos humanos, el TC no logra afinar una postura que pueda garantizar el cumplimiento de este mandato, que de hecho coincide con el del Art. 1.1 de la CADH ratificada por Chile.

Es posible que solamente sea una cuestión de tiempo hasta que llegue el primer caso a la Corte Interamericana que cuestione el actuar del Tribunal Constitucional, de la misma manera que ocurrió en relación con la Corte Suprema. (Santiago, 25 agosto 2016)

[1] Schönsteiner, Judith, "El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 29, N°1, 2016, pp. 197-226.

[2] La publicación fue elaborada dentro del proyecto Fondecyt regular N° 1120909, investigador principal: Javier Couso (UDP).

[3]Entrevista D.
