

El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: El mínimo común denominador

*Judith Schönsteiner**

RESUMEN

La investigación que se presenta en este artículo revela datos inéditos empíricos sobre el uso del derecho internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional de Chile. Identifica, mediante un análisis de votos de mayoría y de minoría, distintas maneras de uso, a saber, rechazo sistemático, no uso sistemático, cita sistemática, y cita selectiva, por parte de los distintos ministros. Se muestra que solamente algunos ministros consideran el derecho internacional de los derechos humanos como fuente de derecho. Posterior a la presentación de los datos empíricos, busca posibles razones que expliquen las diferencias, basado en un análisis de sentencias, entrevistas con ministros, y evidencia empírica adicional.

Derechos humanos – interpretación – tribunal constitucional

International Human Rights Law in the Chilean Constitutional Tribunal: the Least Common Denominator

ABSTRACT

The research presented in this article shows new empirical data about the use of international human rights law in Chile's Constitutional Tribunal. It identifies, through an analysis of majority and minority votes, different ways of referencing international human rights law: systematic rejection, systematic absence of references, systematic references, and a "cherry-picking approach". This shows that only very few justices consider international human rights law a source of law. After the presentation of the empirical data, the article looks for possible reasons for said differences, based on the analysis of some judgments, interviews with justices, and additional empirical evidence.

Human rights – interpretation – constitutional tribunal

* Ph.D. y LL.M. por la Universidad de Essex, M.A. por la Universidad Johannes Gutenberg, Mainz. Profesora asociada de derecho internacional público en la Universidad Diego Portales, Chile y Directora de su Centro de Derechos Humanos. Correo electrónico: judith.schonsteiner@udp.cl.

Artículo recibido el 24 de marzo de 2015 y aceptado para su publicación el 21 de enero de 2016.

I. INTRODUCCIÓN

Esta investigación¹ busca comprender cuándo y cómo el Tribunal Constitucional chileno (en adelante, TC) menciona las normas de derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH) vigentes en nuestro país, indagando por patrones generales en su jurisprudencia en este ámbito, el tratamiento que le da la mayoría del tribunal, y las posturas que revelan los votos de los ministros al respecto. A partir de un análisis cuantitativo de la jurisprudencia del TC entre 2008 y 2013², y de varias entrevistas semiestructuradas con ministros actuales del mismo, efectuadas durante agosto del 2013³, se derivan algunas hipótesis sobre razones que podrían explicar las divergencias entre los jueces del TC al momento de referirse al DIDH.

El objetivo que orienta la presente investigación es, por consecuencia, la de determinar, a base de una revisión global de la jurisprudencia del TC (y desglosando los votos de los ministros del mismo), las características empíricas del fenómeno de la referencia al DIDH, y la búsqueda de variables que podrían explicar las diferencias entre los ministros, y la dificultad de llegar a un mínimo común denominador jurídicamente coherente y consistente.

Este trabajo se inscribe en un área de investigación acerca del rol y la relevancia del DIDH y, especialmente, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante, CADH) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH) en el derecho chileno. Hasta ahora, con algunas excepciones, la investigación sobre este tema se ha enfocado principalmente a discutir el rango o la jerarquía del DIDH en Chile, así como el “control de convencionalidad” exigido por la misma CorteIDH (tal como se detalla en la revisión de la literatura). Sin embargo, poco se ha escrito respecto del fenómeno de las citas a la jurisprudencia de la CorteIDH propiamente tal, a excepción de Nogueira y Galdámez (ver abajo).

¹ La autora agradece a Matías Miranda, Orielle Ahumada, Sylvana Mariangel y Dinka Benítez por su valioso apoyo como ayudantes al elaborar la base de datos, además a María Belén Saavedra por el paciente apoyo con las notas. Esta investigación fue posible gracias al apoyo de Conicyt, mediante el proyecto Fondecyt Nº 1120909. Además, quisiera reconocer con gratitud las conversaciones con Javier Couso durante el desarrollo del proyecto, y sus siempre bienvenidas sugerencias de cómo decir y escribir las cosas mejor. Asimismo, agradezco comentarios a versiones anteriores de este trabajo por parte de Daniela Accatino, Lidia Casas, Pablo Contreras, Mauricio Duce, Ángel Fernández, Rodolfo Figueroa, Felipe González, Alexandra Huneeus, Domingo Lovera, Pablo Marshall, Felipe Paredes, Tomás Vial y Yanira Zúñiga.

² El corte en el levantamiento de datos se hizo en 2013 para asegurar que las entrevistas con los ministros durante este año, o alguna de sus preguntas, no hayan influenciado de manera alguna los resultados cuantitativos de citas por año que se usan como indicador principal en el presente trabajo.

³ Para proteger la confidencialidad de las entrevistas y no sugerir que se pudiera derivar del género de la palabra quien podría haber sido el / la entrevistado, se usa a lo largo del artículo la forma masculina (ministro). La autora agradece a todos los ministros que otorgaron entrevistas o la recibieron para conversaciones acerca de la temática. Sus reflexiones fueron valiosísimas para la elaboración de este artículo.

Considerando el ámbito de estudios sociojurídicos de tribunales, se desmarca de estudios empíricos actitudinales cuantitativos⁴ en cuanto al método, pero sí se inspira por ellos en el sentido de buscar las respuestas a las hipótesis por las variaciones en el voto de cada ministro, ya provengan estas de dentro o fuera del derecho (sección 4). Además, los resultados del presente estudio podrían leerse, como cualquier observación en materia judicial, desde el punto de vista del activismo judicial⁵; no obstante, tal análisis quedará para investigación y análisis futuros, ya que no parece idóneo concluir sobre un ámbito que se construye con múltiples variables, como es el del activismo judicial, a partir de un estudio puntual sobre el uso del DIDH por parte del TC.

El análisis empírico-descriptivo que se presenta en este artículo busca entonces entregar información y análisis sobre las referencias del TC y de sus distintos ministros al DIDH. Dicho esto, un estudio empírico cuantitativo tal como el presente tiene limitaciones importantes que surgen de la misma metodología cuantitativa que utilizamos, especialmente en lo que dice relación a las conclusiones sobre argumentación jurídica que de él se pueden derivar. Para superar estas limitaciones se requeriría un contraste con datos cualitativos, que solo se esboza en este trabajo. Es importante señalar desde ya que quedará para otra oportunidad el análisis pormenorizado de la *argumentación* del Tribunal y de sus ministros en relación con el DIDH. Dicho esto, el ejercicio que realizamos aquí es útil como un primer paso de un proyecto más ambicioso de investigación que contraste la realidad empírica cuantitativa con algunas hipótesis que se han planteado acerca del uso del DIDH por parte del Tribunal Constitucional, y las razones que para aquello puedan existir.

Así, el presente artículo se pregunta por la frecuencia y sistematicidad de las referencias al DIDH por parte de distintos actores en el TC, y en relación con distintos instrumentos internacionales. Para esto se elaboró una base de datos con *todas las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional entre 2010 y 2013 (exceptuando las de contienda de competencias) que incluyen alguna referencia al DIDH*, ya sea por parte de los requirentes

⁴ Ver especialmente, Rohde, David W./Spaeth, H. J., *Supreme Court Decision Making*. New York: W.H. Freeman and Company, 1975. Ver posteriormente, Hettinger V, Lindquist S. y Martinek W., "Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting Behavior on the U.S. Courts of Appeals", en *American Journal of Political Science*, Vol. 48, N° 1 (Jan., 2004), pp. 123-137; Weinsall, K., "Comparing Attitudinal Decision Making in High Courts: An Institutional and Contextual Analysis", Conference Paper, SELA 2014. Wetstein, M. *et al.*, "Ideological Consistency and Attitudinal Conflict: A Comparative Analysis of the U.S. and Canadian Supreme Courts", *Comparative Political Studies* Online First, published on February 27, 2009, available at doi:10.1177/001041400832989.

⁵ Ver en Chile, por ejemplo, García, J. F. / Verdugo, S.: *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, Ediciones LyD, Santiago 2013, y la discusión por Correa Sutil, bajo el mismo título, en Couso, J. (coord.), *Anuario de Derecho Público* 2014, Ediciones UDP 2014, pp. 626-633. Ver también Couso, J. /Huneus A. / Sieder R.: *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, de Cambridge University Press, New York 2010. Por último ver Hilbink, L. *Jueces y política en democracia y dictadura, lecciones desde Chile*, Cambridge University Press, Nueva York 2007.

o algún otro interviniente⁶. Adicionalmente se estudiaron los votos disidentes y las prevenciones en los votos de mayoría.

En síntesis, el presente artículo amplía el conocimiento cuantitativo de la labor del TC en este ámbito elaborado por la doctrina en dos aspectos: a) en relación con los votos de minoría, y b) en relación con las referencias hechas por parte de los ministros y las ministras en específico.

Este artículo se estructura en tres secciones: Primero se revisará la literatura nacional sobre referencias a estándares internacionales por parte del Tribunal Constitucional, ubicando la presente investigación en el debate académico actual. Segundo, se presentarán y analizarán los datos levantados para este estudio, a saber, las referencias de mayorías y minorías en el TC a normas y estándares del DIDH, y el correspondiente desglose por ministro(s). Tercero, el artículo se atreve plantear algunas hipótesis sobre las causas de las divergencias y diferencias entre los ministros que se harán patentes en el análisis cuantitativo, basado en una serie de entrevistas con ministros del TC y los datos mismos. Finalmente, el trabajo incluye una sección de conclusiones.

II. BREVE REVISIÓN DE LA DOCTRINA NACIONAL

La doctrina nacional sobre la relación entre el derecho constitucional y el DIDH se agrupa alrededor de tres temas principales, a saber, la jerarquía de los tratados de derechos humanos en el orden interno⁷; el debate sobre la existencia o no de un “bloque de constitucionalidad”⁸ y, en general, la relación entre el DIDH y el control de constitucionalidad⁹; y finalmente, la discusión sobre el “control de convencionalidad” por parte de los tribunales internos¹⁰. Humberto Nogueira elaboró una detallada revisión

⁶ Incluyendo requeridos, *amicus curia*, informes en derecho, órganos intervinientes, siempre que su argumento esté resumido en el fallo del TC. No se revisaron los expedientes, por razones del excesivo trabajo y tiempo que hubiera requerido, en comparación con las ganancias en el conocimiento.

⁷ Ver por ejemplo, Díaz, R.: “Derecho Internacional y derechos internos: ¿Jerarquía o coordinación?”, *Revista de Derecho Público*, Vol. Nº 77, 2012, pp. 263-276; Núñez, M., “Introducción al concepto de Identidad Constitucional y a su función en relación al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, en *Revista Jus et Praxis* Nº 14, 2008, pp. 331-372. Con miras a la jurisprudencia de tribunales inferiores, Henríquez, M., “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, Nº 2, 2008, pp. 73-119.

⁸ Ver por ejemplo, Peña, M., “La Constitución de 1980 y la existencia de un ‘bloque de constitucionalidad’ en Chile”, en Llanos, H. y Picard, E. (Coord.). *Estudios de Derecho Internacional*. Libro homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla. Editorial Thomson Reuters, Santiago 2012, pp. 591-613; Fernández, M., “La aplicación por los tribunales chilenos del DIDH”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 1, 2010, pp. 425-442.

⁹ Nogueira, H., “Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: La sentencia Rol Nº 786-2007 del Tribunal Constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 5 Nº 2, 2007, pp. 457-466.

¹⁰ Ver para el control de convencionalidad, en el que no profundizamos en este trabajo, Contreras, P.: “National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights”, en *Northwestern Law Journal of International Human Rights*, Vol. 11, 2012, pp. 28-82. Nogueira, H.: “Diálogo interjurisdiccional y

de los asuntos pacíficos y polémicos de la discusión constitucional acerca de estos temas en 2013¹¹. Por su parte, Yanira Zúñiga concluyó en 2011 que la incorporación del derecho internacional en el control de constitucionalidad en Chile aún no está zanjada¹², conclusión que se confirma en el presente estudio.

El presente trabajo se enmarca en la literatura sobre el *uso* de jurisprudencia internacional por parte de tribunales internos¹³, de manera similar a un estudio que presentó Aguilar sobre el uso del DIDH, incluyendo la costumbre internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁴. La metodología del presente trabajo es, sin embargo, distinta.

Galdámez por su parte revisó las referencias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana por parte del TC entre el 2006 y el 2010. Observa que solo en el fallo sobre la píldora del día después¹⁵ el TC se refirió a la jurisprudencia de la Corte Interamericana “para resolver un juicio de constitucionalidad”¹⁶. Es relevante comentar respecto del análisis de Galdámez que la referencia mencionada es a una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, y no su jurisprudencia contenciosa vinculante. En las otras seis sentencias que contienen una cita a la jurisprudencia interamericana, estas son solo a mayor abundamiento¹⁷. Galdámez argumenta que la dificultad del TC de hacer referencia a la jurisprudencia internacional es consecuencia de la falta de determinación del estatus de los tratados sobre derechos humanos en el orden interno, ya que producto de la indefinición de este la jurisprudencia vinculada a estos tratados no

control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, en Steiner, C. (coord.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Colombia, Fundación Konrad Adenauer), 2013, pp. 511-553. Núñez M.: “Introducción al Concepto de Identidad Constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, *op. cit.*; García Pino, G.: “Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables en Chile”, en Nogueira, H. (coord.), *La protección de los DD.HH. y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los DD.HH.*, Librotecnia 2014. Galdámez, L., “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1, 2014, pp. 329-364.; Íñiguez, Andrea, “Los tratados internacionales sobre derechos fundamentales y el margen de apreciación”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 3 (Universidad del Desarrollo) 2013.

¹¹ Nogueira H., “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”, en *Estudios Constitucionales* Vol. 11, N° 2, 2013, pp. 97-154.

¹² Zúñiga, Y., “La sentencia Rol 1340 y la sentencia Rol 1288. Una reflexión sobre el (oscuro) rol de los tratados internacionales en el marco del control de constitucionalidad”, en Pablo Marshall (coord.), *Jurisprudencia constitucional destacada. Análisis crítico* (Abeledo Perrot. LegalPublishing Chile) 2011.

¹³ Para un análisis doctrinario, sin embargo, ver por muchos otros, Zapata, P.: *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Parte General, Biblioteca Americana, 2002.

¹⁴ Aguilar, G., “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7 N° 1, 2009, pp. 91-136.

¹⁵ Tribunal Constitucional, Rol 740-08.

¹⁶ Galdámez, L., *El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana años 2006-2010*, *Op. cit.*, p. 301, citando el principio *pro persona*.

¹⁷ Tribunal Constitucional, Roles 567-10, 1723-10 y 1800-10, 1361-09, 1484-09 (cita indirecta), 1683-10, decidido en 2012. “A mayor abundamiento”: la argumentación proporcionada agrega evidencia a favor de la conclusión principal, sin ser necesaria, en términos lógicos, para llegar a esta conclusión.

puede gozar de un rol claro tampoco. Adicionalmente, según la autora, el TC aceptaría la hipótesis del control de convencionalidad si recurriera a la cita de la jurisprudencia interamericana¹⁸. El presente trabajo no profundizará en este análisis, pero podemos señalar que denominaríamos control de convencionalidad solo a lo que podríamos identificar como la *ratio* de la decisión.

Es importante mencionar que algunos ministros que integraron el TC durante el período de estudio también han participado de la discusión doctrinaria sobre la incorporación del DIDH al derecho doméstico. Ya en el 2008 Marisol Peña había resumido y analizado el uso del DIDH por parte del Tribunal Constitucional, concluyendo que la justificación constitucionalmente adecuada de la obligación del TC de referirse a los estándares internacionales de derechos humanos vigentes en Chile se derivaba de la formulación del Art. 5.2 de la Constitución que mandata a todos los órganos del Estado, incluyendo el TC, a “respetar y promover” los derechos humanos¹⁹. Contribuyeron al debate también Cea²⁰ y Viera-Gallo, sistematizando distintos tipos de referencia al DIDH por parte del Tribunal Constitucional en el contexto de la invocación de derechos reconocidos en la Constitución, y de otros que lo son implícitamente²¹. Como tercera categoría, algunos refieren que el TC recurre a la interpretación de derechos humanos por parte de órganos internacionales. Viera-Gallo indica que todas estas referencias serían para “fundar”²² sus decisiones; no obstante, esta postura es minoritaria y como se confirma en la presente investigación, la mayoría de las referencias son solo “a mayor abundamiento”.

Finalmente, Nogueira publicó recientemente un estudio que revisa someramente las mayorías en las sentencias del TC, entre el 2006 y el 2010, concluyendo que el TC utiliza interpretaciones formalistas y materiales del derecho internacional, alternando de una manera discrecional entre ambas lecturas. Asimismo, Nogueira sostiene que, temáticamente, las referencias se relacionan con asuntos de derecho penal y derecho penal procesal, principalmente²³. El profesor presenta una revisión de sentencias de inaplicabilidad “referentes a menciones y citas del DIDH y de órganos de aplicación del mismo”²⁴, realizando una descripción cuantitativa de estas sentencias entre los años 2006 y 2010 (ambos inclusive). Al comparar sus datos con la base que elaboramos para este estudio, se advierten considerables diferencias. Dicho esto, ya que el artículo de Nogueira no ofrece información acerca de la metodología utilizada, no se sabe cómo se seleccionaron los casos que se contabilizaron en su estudio.

¹⁸ Galdámez, L.: “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 293.

¹⁹ Peña, M., “La Aplicación del DIDH por el Tribunal Constitucional Chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, Nº 1, pp. 205-222, 2008, p. 221.

²⁰ Cea, J. L., “Los Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales* Nº 16, 2011, pp. 23-40.

²¹ Viera-Gallo J. y Lübbert V., “Los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia chilena”, en *Estudios Internacionales* Nº 171, pp. 100-103, año 2012.

²² *Ídem* p. 99.

²³ Nogueira, H., “El Uso del Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno en el Período 2006-2010”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, Nº 1, 2012, pp. 149-187, at 146.

²⁴ *Ídem*, p. 156.

En particular, notamos que hay varios casos que su artículo no refiere, a pesar de caer en la misma categoría de sentencias (mayorías) que se propuso estudiar. Además, algunas decisiones de codificación en relación con los casos de empate son, a nuestro modo de ver, discutibles: se codificó el voto por acoger como “mayorías” –a pesar de que estos no dirimían el conflicto, sino el voto por rechazar–. Por ejemplo, en el Rol N° 1328 consta una referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y una a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre pero ambas se encuentran en el voto de minoría. La referencia en el voto de mayoría es solamente una referencia doctrinaria al “derecho positivo nacional e internacional”²⁵. Adicionalmente, una referencia al PIDESC que el profesor Nogueira adscribe al voto de mayoría se encuentra en efecto en un voto particular del ministro Fernández Baeza²⁶. Como consecuencia, se reportó un uso más intensivo del DIDH por parte de la mayoría del Tribunal de lo que realmente ocurrió. En este artículo se presentarán datos que abordan los problemas metodológicos que presentan los estudios señalados precedentemente.

III. LOS DATOS: REFERENCIAS AL DIDH POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

Esta sección proporciona cifras sobre cómo distintos actores –mayorías del TC, ministros individuales y otros actores relevantes– se refieren al DIDH. Además, se observará cómo han sido algunas de las tendencias de su uso a lo largo del tiempo; cuáles son los instrumentos que los ministros invocan; y si hay alguna variación según los tipos de decisión que el Tribunal Constitucional dicta.

Los datos se basan en una codificación de todas las sentencias del Tribunal Constitucional entre 2008 y 2013 (N = 1237 sentencias en total), exceptuando las decisiones de competencia. Se identificó el tipo de decisión y los actores que se refieren al DIDH²⁷. Las demás definiciones metodológicas, incluyendo la definición del universo de casos, y de respectivos subuniversos, definiciones de términos, y observaciones particulares, se reportan en las respectivas secciones.

Datos generales del universo de sentencias estudiadas

Los siguientes cuadros indican algunas generalidades sobre el universo de casos estudiado. Se determinaron todas las sentencias que incluyen alguna referencia –específica o general, por requirente, interviniente(s), votos o mayoría del tribunal– al DIDH²⁸.

²⁵ Rol 1328, considerando 14.

²⁶ Rol 1363, voto del ministro Fernández Baeza, párr. 16.

²⁷ Todos los casos fueron revisados e ingresados por dos codificadores. Las sentencias “acumuladas”, el TC acumula sentencias de acuerdo con lo señalado en Art. 34 de la Ley Orgánica Constitucional 17.997.

²⁸ La referencia a los “derechos humanos” no fue suficiente como para incluir una sentencia en el análisis.

Cuadro 1
TOTAL DE SENTENCIAS ANALIZADAS

Período	Total Sentencias ²⁹	Sentencias DD.HH.	Porcentaje
2008	280	25	8,9
2009	185	35	18,9
2010	217	38	17,5
2011	254	51	20,1
2012	181	44	24,3
2013	156	50	32,1
TOTAL	N=1273	n=243	

Lo primero que es valioso destacar es que todos los actores han aumentado notablemente el uso que hacen del derecho internacional de los derechos humanos en el período estudiado³⁰, desde 8,9% en 2008, a 32,1% en 2013. Dicho eso, solo en 82 de los 1.273 casos analizados (o sea, en 6,4%) la mayoría del Tribunal Constitucional (o en caso de empate, el voto que *rechaza* el requerimiento y por ende dirime la causa) hizo mención a instrumentos del DIDH.

Comparando el uso del DIDH en distintos tipos de acciones ante el TC, se percibe, también, una marcada diferencia. Mientras 19,6% de las sentencias de inaplicabilidad contienen alguna referencia al DIDH (independiente del actor que lo menciona), en el control de constitucionalidad ello solo llega a 10,4%. En relación con los requerimientos de inconstitucionalidad, 36% de casos mencionan a los derechos humanos.

Fuentes invocadas y frecuencia de referencia al DIDH

De los instrumentos de DIDH que Chile ha ratificado, la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son los que más han sido referenciados por votos de mayoría del Tribunal Constitucional entre el 2008 y el 2013, seguidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se observa una mayor diversidad en la referencia de instrumentos internacionales con el paso del tiempo. Así, se mencionan la Convención para la Eliminación de la Violencia contra la

²⁹ Sentencias definitivas e inadmisibilidades, sin considerar el Art. 93.12, que corresponden a contiendas de competencia.

³⁰ Incluyendo las referencias generales al “derecho internacional” en el contexto del artículo 5.2 de la Constitución, u otras menciones generales.

Mujer (en adelante, CEDAW), la Convención de los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura, y con muy pocas referencias, la Convención sobre la Protección de Todas las Personas de las Desapariciones Forzadas.

Cuadro 2
DETALLE SENTENCIAS CON REFERENCIA A DIDH –
TIPO DE DECISIÓN

Período	Inaplicabilidad	Control de constitucionalidad	Requerimiento por inconstitucionalidad
2008	24 (250)	1 (29)	0 (1)
2009	31(163)	4 (24)	0 (2) ³¹
2010	36 (193)	1 (23)	1 ³² (2)
2011	46 (216)	1 (25)	4 ³³ (13)
2012	39 (159)	5 (20)	0 (2)
2013	44 (138)	2 (13)	4 (5)
TOTAL	220 (1119)	14 (134)	9 (25)

N= 1273, n=243.

En paréntesis, el total de sentencias según nuestra base, incluyendo inadmisibilidades. Las diferencias con las cifras totales del TC (Cuentas Anuales) se explican por la inclusión de las inadmisibilidades (que el TC no contabiliza en las “sentencias definitivas”); además, se reitera la exclusión de las contiendas de competencia.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se cita dieciséis veces. Ninguna de estas menciones se pronuncia sobre el carácter no vinculante de la Declaración, sino más bien en un contexto de “a mayor abundamiento”, se usa como elemento persuasivo *adicional*. Lo mismo ocurre con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

³¹ Incluye un proceso de inconstitucionalidad ex officio, Rol 1345-09.

³² Incluye un proceso de inconstitucionalidad ex officio, Tribunal Constitucional, Rol 1710-10.

³³ Incluye un proceso de inconstitucionalidad ex officio, Tribunal Constitucional, Rol 1723-10.

Cuadro 3
 REFERENCIAS DE LA MAYORÍA A DISTINTOS INSTRUMENTOS
 INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS (2008-2013)

Documento internacional	Sentencias DD.HH. (mayoría)
Referencia general a los tratados internacionales de los derechos humanos	10
Convención Americana sobre los Derechos Humanos	50
Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos	35
Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	16
Convención de los Derechos del Niño	6
CEDAW	6
Convenio 169	5
Convención contra la Tortura	4
Convención sobre la Protección de Todas las Personas de las Desapariciones Forzadas	2
Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial	1
Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias	1
Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional)	1
Convención Belem do Pará	0
Declaración Universal (no vinculante)	16
Declaración Americana (no vinculante)	2
Declaración Libertad Expresión CIDH (no vinculante por sí solo)	1
<i>Protocolo San Salvador (no vigente en Chile)</i>	4
TOTAL	$n_1=83$

Hombre. También encontramos referencias esporádicas al Protocolo San Salvador³⁴, a pesar de que el tratado no está ratificado por Chile. Esta cita, aun aislada, se puede considerar evidencia de que el DIDH no se cita en cuanto fuente de derecho, porque sino la

³⁴ Tribunal Constitucional Roles 2114-11, 2197-12, 2086-11, 2182-12, los cuatro fallos fueron adoptados en un mismo día.

falta de vigencia del mismo hubiera impedido invocarlo. No hay ninguna referencia por parte de la mayoría a la Convención Belem do Pará (derechos de la mujer), y solo una a la Convención sobre Trabajadores Migrantes. El tratado que ha sido *discutido* con mayor profundidad por las mayorías del Tribunal Constitucional, a pesar de ser mencionado en relativamente pocas sentencias, es el Convenio 169 de la OIT.³⁵ Finalmente, hay un número importante de referencias generales a los tratados de derechos humanos. Casi nunca los ministros de mayoría invocan la interpretación de órganos y tribunales internacionales: de hecho, encontramos referencias a observaciones generales de los órganos de tratados de la ONU en los votos de algunos ministros, y referencias jurisprudenciales de tribunales regionales de derechos humanos, incluyendo la Corte Interamericana, incluyendo casos contra Chile y contra otros países.³⁶ En los votos de algunos ministros, estas referencias aparecen con regularidad.

Actores que se refieren a DIDH

Revisando ahora las referencias al DIDH por distintos actores, se aprecian notables diferencias (Cuadro 4). Así, 12,3% de los casos³⁷ cuenta con una referencia por parte de la mayoría del Tribunal y 23% por parte de alguno o varios votos de minoría. En cambio, en 43,2% de los casos en que los intervinientes, usualmente los requirentes, solicitaron referirse a estos estándares el Tribunal Constitucional, ni tampoco los ministros en sus votos, lo hicieron. Comparando las cifras a lo largo del período estudiado, se puede advertir que las invocaciones de DIDH que quedan sin respuesta alguna por parte de los ministros, han ido bajando de 60% en 2008 y 2011, a 23% en 2012 y 26% en 2013. Estos cambios se podrían explicar con el aprendizaje de los intervinientes quienes ahora sabrán que el TC requerirá una cita explícita del Art. 5.2 en conjunto con el instrumento internacional para considerar que puede pronunciarse acerca del argumento³⁸. No obstante, parece también relacionarse con la integración del Tribunal, ya que correspondiendo a esta baja, han aumentado constantemente las referencias por parte de la mayoría del Tribunal, desde 8,9% en 2008 hasta 32,1% en 2013. Es especialmente notorio el salto entre 2008 y el 2009, lo que coincide con el retiro del TC de los ministros Colombo y Correa Sutil.

³⁵ Ver por ejemplo, Tribunal Constitucional, Roles 1988-11 (UPOV 91), 2387-12 y 2388-12 (Ley de Pesca), 2523-13 (Reglamento SEIA DS 40), 309 (Convenio 169), 1050 (Convenio 169).

³⁶ Ver para datos de años anteriores, Galdámez L. 2014. "El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Op. cit.*

³⁷ Sentencias con varias prevenciones y votos disidentes que se refieren al DIDH, aquí se han contabilizado como "un" caso para mantener la comparabilidad con los pronunciamientos de mayorías y las intervenciones por otros actores.

³⁸ Ver respecto de la política del TC, por ejemplo, Cuaderno TC N° 54 (tratado solo – falta de jurisdicción). Confirmado en Entrevista D: "como hemos resuelto técnicamente esta situación, aduciendo que es indispensable citar el artículo quinto inciso segundo de la constitución, para obligarnos a nosotros a emitir un pronunciamiento respecto del parámetro dejado en el derecho internacional. Yo no sé si es demasiado formalista esto (...)".

Cuadro 4
MAYORÍAS, MINORÍAS Y OTROS ACTORES RELEVANTES

Período	Total sentencias ³⁹	Sentencias DD.HH. mayoría ⁴⁰	Sentencias DD.HH. minorías ⁴¹	Sentencias DD.HH. otros actores ⁴²	Sentencias DD.HH. (total)
2008	280	7 ⁴³	3	15	25
2009	185	16	4	15	35
2010	217	17	3	18	38
2011	254	7	14	30	51
2012	181	16	15	13	43
2013	156	19	17	14	50
TOTAL	N=1273	82	56	105	n=243

Es llamativo que las cifras revelan también una mayor dispersión de las opiniones y un menor consenso con relación a cómo interpretar y aplicar el DIDH. Así, han aumentado los casos en los que mayoría y minoría responden de manera distinta a argumentos de DIDH, a saber, se hacen cargo del argumento de DIDH, pero desde distintas perspectivas o interpretaciones (ver también sección siguiente). De 4% en 2008 (1 caso de 25), incrementó a 18% en 2013 (9 casos de 50); incluyendo las decisiones no pacíficas que fueron emitidas *iura novit curia*⁴⁴, estamos ante 4% del total de las decisiones en 2008, y 24% en 2013.

Así, suman 23 (9,5%) las sentencias en las cuales solo la mayoría del Tribunal Constitucional y ningún otro actor se refiere al DIDH (Cuadro 5), 32 casos (12,3%) con referencias solamente por los votos de minoría, y 7 (2,5%) de los casos hay referencia al DIDH por parte de la mayoría y uno o varios votos, pero no otros actores. En ese sentido, no era esperable la considerable diferencia entre requirentes y el TC en la frecuencia

³⁹ Sin Art. 93.12, contiendas de competencia.

⁴⁰ Se reportan todos los casos que cuentan con una mención de derechos humanos por la mayoría, independiente de si otros actores hagan referencia a ellos.

⁴¹ Incluye todas las sentencias en las cuales hubo un voto de minoría o voto por acoger (caso de empate) que haga referencia a los derechos humanos, independiente de si los requirentes o intervinientes (definición arriba) lo mencionaron.

⁴² Requirentes, intervinientes, requeridos.

⁴³ Cinco de siete sentencias por Fernández Baeza o Marisol Peña, otra por ellos juntos a otros ministros (Sentencia Píldora del Día Después, Rol 740-07).

⁴⁴ Definido para efectos de este trabajo como el pronunciamiento del tribunal acerca de un asunto de interpretación del derecho que no ha sido planteado por las partes.

de referencias al DIDH. Por lo menos, podríamos esperar que el TC constatare explícitamente que no se hará cargo de lo planteado por las partes. Esa justificación en general, no consta⁴⁵. Las cifras confirman esta lectura: los requirentes (R) han invocado DIDH en el 70,7% de los casos de DIDH, casi cuadruplicando la frecuencia de invocación por parte de la mayoría, y más que duplicando la frecuencia de invocación en relación con los votos de minoría (29,5%).

Cuadro 5
REFERENCIAS AL DIDH POR ACTOR
46

Actores que referencian DD.HH.	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total*
Solo (R) ⁴⁶	15	15	18	30	13	14	105
Solo votos de minoría	2	3	1	8	12	6	32
(R) y voto(s)	1	0	2	6	3	11	23
(R) y tribunal (mayoría)	2	4	7	3	6	7	29
(R), tribunal y voto(s)	1	6	1	2	5	9	24
Solo tribunal	4	5	9	2	3	0	23
Tribunal y votos	0	2	0	0	2	3	7
Suma	25	35	38	51	44	50	n=243

*Cada sentencia fue contabilizada solamente una vez. Si se produce un empate, el voto por rechazar se considera "mayoría". Los actores mencionados en la primera columna son los que hacen referencia al DIDH.

La doctrina ha estudiado el fenómeno en general, sin especial referencia al derecho internacional, y no ha podido llegar a un consenso respecto de las facultades o inclusive obligaciones del juez constitucional de pronunciarse *iura novit curia*⁴⁷. A partir de 2013,

⁴⁵ Las entrevistas revelan que hay diferencias de opinión relativos a la función que cumple una sentencia del TC, a saber, si esta debe proporcionar de manera pedagógica una argumentación, o si debe dirimir conflictos de la manera más expedita y corta posible.

⁴⁶ (R) se refiere a "solo requirente, interviniente o requerido".

⁴⁷ Cuaderno TC N° 49 (*iura novit curia*). Sobre el rol del juez constitucional, incluyendo cuestiones de *iura novit curia*, ver Carmona, Carlos, "Autorrestricción en el Tribunal Constitucional Chileno", en *Derecho y Humanidades* N° 19 2012, pp. 75-128. Véase también, Cea Egaña, J. L., "El juez constitucional en Chile", en Bazán, Víctor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Abeledo Perrot 2010.

por lo que permiten concluir las cifras, el TC podría haber consolidado una posición mayoritaria respecto de sus pronunciamientos *iura novit curia*, ya que han bajado considerablemente de 2012 a 2013. En una entrevista hemos escuchado que si el TC se pronunciara sobre todos los argumentos presentados por los requirentes, tendría que invertir considerablemente más tiempo en la redacción de las sentencias.⁴⁸ Al mismo tiempo, los argumentos de requirentes que fueron respondidos en uno o más votos particulares han ido en constante aumento (de 4% en 2008 a 17% en 2013).

En definitiva, si el TC considerara que su jurisdicción genuinamente implicaba la interpretación del derecho constitucional conforme al DIDH, la brecha entre mayoría y otros actores en relación con el uso del DIDH, no existiría o sería marcadamente menor. En contraste con esta posibilidad, en los hechos, podemos concluir, a partir de estos distintos elementos que hemos mencionado, que el Tribunal no considera al DIDH como parte del derecho que debe aplicar.

El “cuándo” de la referencia

Entre los ministros del Tribunal Constitucional, se pueden distinguir cuatro maneras distintas⁴⁹ de referirse al DIDH: (1) de manera sistemática, a saber, con un patrón de regularidad y consistencia, citando el DIDH; (2) sin hacer referencia a él; (3) o rechazando explícitamente su uso; (4) y de manera selectiva, a saber, en algunos casos sí, en otros no, sin detectar un patrón verificable.

La referencia sistemática no es necesariamente una interpretación conforme del derecho internacional⁵⁰, ya que la conformidad debe distinguirse de la regularidad del uso. En ese sentido, quien nunca hace referencia al derecho internacional procede también de modo sistemático. Para efectos de este trabajo, “sistemático” solo se refiere a la frecuencia y regularidad de uso⁵¹ y cuenta con las tres subcategorías arriba indicadas (1-3).

Este estudio quisiera también diferenciar entre el uso explícito y las referencias implícitas o tácitas al DIDH, en cada una de estas tres categorías. No obstante, por razones de economía de la investigación, esto no ha sido posible. Las referencias tácitas se han llamado “furtivas”, ya que usan lenguaje de DIDH, incluso textualmente, pero sin indicar la fuente de donde este lenguaje procede. El término “referencia furtiva”

⁴⁸ Entrevista A, agosto 2014.

⁴⁹ La existencia de tres grupos de ministros al respecto fue confirmada en una entrevista, Entrevista A.

⁵⁰ Ver por ejemplo, Payandeh, Mehrdad, *Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip – Ein Beitrag des Grundgesetzes zur Einheit von Völkerrecht und nationalem Recht*, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* 2008, pp. 467-502. Distinto es el concepto de interpretación conforme constitucional, ver recientemente, Silva (2014).

⁵¹ Usualmente, el término “sistemático” indica una teoría específica de interpretación del derecho internacional, ver por ejemplo Tzevelekos, ‘The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology? Between Evolution and Systemic Integration’, 31 *Michigan J Int'l L* (2010) 621, at 670-680.

fue concebido por Laurence Burgogue⁵², en su discusión del modo en el cual el *Conseil d'Etat* francés aplicaba la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante, TEDH): usaba textualmente criterios, racionios o “tests” del TEDH, no obstante, sin proporcionar o mencionar la fuente, tal vez por razones idiosincráticas y la imposibilidad de reconocer –por un alto tribunal de la justicia de la Nación– que se deja corregir o que sigue la jurisprudencia de un tribunal europeo⁵³.

Referencias selectivas a “mayor abundamiento”

Las referencias al DIDH que aquí se llamarán “selectivas” son aquellas que un ministro hace de manera no sistemática. Usualmente estas referencias están sacadas de su contexto interpretativo en el DIDH, sin un examen riguroso o mínimo de si esta fuente o decisión es aplicable en Chile; si el Tribunal que emitió la decisión tiene jurisdicción sobre Chile, si existen otras fuentes que deben tomarse en cuenta y, finalmente, si la norma es vinculante o no. Estos fenómenos hacen surgir la pregunta del porqué de la referencia. Es útil en ese contexto considerar algunos ejemplos de referencias “selectivas”.

Por ejemplo, en una prevención reiterada en dos casos de migrantes (Fortilus y Alerta), los ministros Venegas y Aróstica (quienes usualmente muestran una bajo índice de referencia al DIDH), basaron su racionio, “a mayor abundamiento”, en la Convención sobre Trabajadores Migrantes y sus Familias tal como fue interpretada por la Unión Europea⁵⁴; esta interpretación no está conforme con la que le han dado a este tratado los órganos de las Naciones Unidas. Esta prevención no se explica ni con dinámicas de un tribunal colegiado, ni con una cierta teoría de incorporación.

Estos fenómenos, contrarios a las reglas de interpretación del DIDH consagrados en el Art. 29 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante, CADH) y en los Arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT), indican que no estamos ante un uso sistemático del DIDH y que los ministros no consideran a este como fuente del derecho, sino como elementos de persuasión. Un ministro confirma: “Creo que a nosotros nos faltan algunos pasos para entender que la incorporación del DIDH a través del artículo quinto inciso segundo de la Constitución le da el carácter formal de fuente formal del derecho”⁵⁵. Esto se confirmará a continuación en la revisión de sentencias y votos del TC.

En un requerimiento de inaplicabilidad sobre el matrimonio igualitario⁵⁶, dos ministros que generalmente no se refieren sistemáticamente al derecho internacional⁵⁷,

⁵² Burgogue-Larsen, L., “*L'autonomie constitutionnelle*” aux prises avec la *Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 2006, p. 13.

⁵³ *Ídem*.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, Rol 2273-12 (Alerta), voto Venegas y Aróstica. Ver también Rol 2257-12 con la misma referencia.

⁵⁵ Entrevista D, agosto 2014.

⁵⁶ Rol 1881-11.

⁵⁷ Los ministros Bertelsen y Carmona.

lo hicieron en sus votos de minoría. En el caso, tres parejas de personas homosexuales solicitaron al Registro Civil reconocer o registrar sus matrimonios respectivos, contraídos en el extranjero. Posterior a la negativa por parte del órgano administrativo, solicitaron al TC declarar la inaplicabilidad de las normas del Código Civil pertinentes. El voto de mayoría no se refiere al derecho internacional, a pesar de que los requirentes mencionaron el artículo 5.2 de la Constitución. De acuerdo con nuestras entrevistas, los ministros regularmente consideran estos argumentos si están basados en el artículo mencionado⁵⁸, pero no lo hicieron en este caso.

En los votos de minoría y prevenciones, solo tres ministros no hicieron referencia alguna al derecho internacional (los ministros Venegas, Navarro y Aróstica); el ministro Vodanovic solamente mencionó breve y correctamente la posibilidad limitada de generalizar la jurisprudencia del TEDH en la materia. Los votos que hacen referencia al DIDH se pueden dividir en dos grupos, según los argumentos que plantean: los ministros Bertelsen y Peña señalaron que no era arbitrario restringir el matrimonio a las parejas heterosexuales (entre un hombre y una mujer) por la inexistencia de procreación “natural” en las parejas homosexuales, posición que encontraría soporte en el lenguaje de los tratados internacionales que definen el derecho a casarse como uno de un hombre y una mujer⁵⁹. Peña especifica que el TEDH no ha impuesto que los Estados legislen sobre el punto⁶⁰. Los ministros no discuten, sin embargo, que el derecho europeo de los derechos humanos, incluyendo el margen de apreciación⁶¹, no aplican en Chile (ni en las Américas), tal como lo señaló el ministro Vodanovic.

Una explicación a la decisión que comentamos podría ser que varios ministros del Tribunal consideran que, a partir del artículo 5 inciso segundo de la Constitución, se debe construir un margen de discrecionalidad para el Estado en la manera en como cumple su deber de promoción y protección de los derechos humanos⁶², y que ese margen sería el mismo que otorga el TEDH. No constando explicación alguna al respecto en los votos estudiados, la comprensión del argumento debe quedar parcial. Otra posible explicación es la búsqueda de una posición común entre dos ministros quienes tienen posturas muy distintas sobre el DIDH, pero una parecida sobre el fondo del asunto: la ministra Peña usa el derecho internacional de manera sistemática, según las reglas de interpretación de la CVDI, mientras el ministro Bertelsen no suele usar DIDH y si lo hace, es a mayor abundamiento y sin análisis de fuentes. Los ministros Viera-Gallo,

⁵⁸ Entrevistas A-D, agosto 2014.

⁵⁹ Rol 1881-11.

⁶⁰ En el momento de la sentencia chilena, aún no habían sido emitidas las sentencias TEDH, Vallianatos contra Grecia de 7 de noviembre del 2013 y X *et al.* contra Austria de 19 de febrero del 2013

⁶¹ Sobre este, ver por ejemplo, Legg, Andrew: *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* (Oxford University Press) 2012. García Roca, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Revista Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, año 2007, núm. 20, 117-143. En el contexto chileno Núñez, Manuel: “Introducción al concepto de identidad constitucional y su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, *op. cit.*

⁶² Ver Rol 1881-11, prevención de ministros Bertelsen, Peña, Viera-Gallo, Hernández, párr. 4-5. Entrevista B.

Carmona y García, en cambio⁶³, construyen un argumento basado en una variedad de fuentes del derecho internacional, incluyendo la observación general no. 19 del Comité de Derechos Humanos sobre el derecho a la familia consagrado en el Pacto, demostrando que el DIDH abarca una definición amplia del concepto de familia y que tratar estos tipos de familia de manera distinta llevaría una violación de disposiciones internacionales sobre igualdad y no discriminación.

Es indicativo que varios ministros no hacen un análisis de todas las fuentes aplicables del derecho internacional, sino, usan una referencia exclusivamente a jurisprudencia que no aplica a Chile (el TEDH). Si esta votación no es aislada como en el caso de la ministra Peña, eso significa que de facto, los ministros no han considerado el DIDH “fuente”, justamente porque a) no lo citan de manera sistemática y b) no ponderan los distintos instrumentos según las reglas de derecho internacional.

Datos cuantitativos: la confirmación del “cherry picking”

Esta clasificación puede ser confirmada también a partir de una categorización de los datos cuantitativos obtenidos para esta investigación, controlando por la cantidad de años que los respectivos ministros han sido parte del Tribunal Constitucional. Así, se observa la cantidad de votos que han emitido haciendo referencia al DIDH, ya sea solos o en conjunto con otro(s) ministro(s), obteniendo el siguiente panorama:

Cada columna, sobre referencias como redactor de la mayoría; parte de un voto de mayoría; o parte o redactor de un voto de minoría, está presentada con su propia escala, para guardar la comparabilidad; el total de referencias se muestra en la última columna. Es cierto que la asignación de las categorías es arbitraria, tal como cualquier clasificación; no obstante, se considera plausible representar gráficamente (mediante los colores) las tendencias en la frecuencia de referenciar DIDH por parte de los ministros.

Clasificando los ministros y ministras según las categorías de “uso sistemático”, “falta sistemática”, y “rechazo sistemático”, así como uso “selectivo” del DIDH, se aprecia que solamente los ministros Vodanovic, Fernández Baeza, Peña y García recaen en la categoría de uso sistemático del DIDH; los ministros Brahm, Venegas, Cea, Correa y Colombo en la categoría de falta sistemática de referencias al DIDH; el ministro Romero, en la categoría de rechazo explícito sistemático; y el resto de los ministros, en la categoría de uso “selectivo” de las referencias al DIDH. Podría venir a la mente la expresión anglosajona del *cherry picking* para describir ese proceso. La tabla nos permite entregar una observación adicional: la frecuencia de citas se altera considerablemente cuando los ministros se adhieren a un voto de mayoría; más específicamente, hay ministros con una clara tendencia de citar o no el DIDH cuando ellos redactan un voto, pero en pos de adherirse a un voto mayoritario, están dispuestos a cambiar su postura frente al DIDH. Esta tendencia ha sido confirmada en varias entrevistas, que se analizan en la sección “Razones procedimentales” del próximo apartado.

⁶³ Rol 1881-11, Voto Carmona, Viera-Gallo, García, párr. 8.

Cuadro 6
REFERENCIAS DE MINORÍAS A DOCUMENTOS INTERNACIONALES DE
DERECHOS HUMANOS POR MINISTRO (2008-2013)

Nombre Ministro	Años en el tribunal entre 2008 y 2013	Redactor(a) de mayoría con DD.HH.	Referencias/año como redactor/a	Parte de grupo que redacta mayoría con DD.HH.	Referencias/año en grupo de mayoría	Votos minoría / prevención con DD.HH.	Referencias de minoría al año	Referencias / año (total)
Romero G	1	0	0	1	1	-3	-3	-2
Bertelsen R	3	2	0,7	6	2	1/-3 ⁶⁴	-2	2
Colombo	2	1	0,5	4	2	1	0,5	3
Correa	2	0	0	1	0,5	4	2	2,5
Cea	3	0	0	7	2,4	2	0,7	3
Brahm B	1	0	0	1	1	2	2	3
Venegas P	4	0	0	7	1,75	10	2,5	4,25
Aróstica M	4	8	2	2	0,5	13	3,25	5,75
Navarro B	3	3	1	8	2,7	9	3	6,7
Hernández E	2	3	1,5	2	1	9	4,5	7
Fernández F	4	7	1,75	6	1,5	19	4,75	8
Carmona S	4	9	2,25	2	0,5	24/-2 ⁶⁵	5,5	8,25
Viera-Gallo	4	6	1,5	0	0	29	7,25	8,75
Peña T.	4	10	2,5	10	2,5	27	6,75	11,75
Vodanovic	4	10	2,5	6	1,5	32	8	12
García P.	3	8	2,7	3	1	26	8,7	12,4
Fernández B.	2	7	3,5	6	3	12	6	12,5

Leyenda de tonos grises:

Sistemático con referencias; Referencias selectivas; Sistemático sin referencia(s); Sistemático con rechazo⁶⁶.
El orden de los ministros en la tabla se determinó según el valor del indicador principal (total de referencias, última columna).

⁶⁴ Tres votos explícitamente excluyen el argumento sobre DIDH, Roles 1340, 1145 y 2045. Uno solo invoca normas de DIDH, a saber, Rol 1881.

⁶⁵ Dos votos explícitamente rechazan el argumento sobre DIDH. Total con referencias "positivas": 24. Deduciendo como valor negativo las referencias de rechazo, queda un valor matemático de 22.

⁶⁶ Como bien se sabe, todas las clasificaciones son relativas, no absolutas. Así, en la opción que se tomó para este estudio, el ministro / la ministra que más proactivamente referencia derecho internacional establece el máximo de la escala (en nuestro caso el ministro Fernández Baeza con un índice de 12.5); de

Buscando posibles razones por la divergencia-construcción de hipótesis explicativas

Diferencias tan notables entre los modelos que ocupan los ministros requieren algún tipo de explicación. Esta pregunta se hace especialmente relevante en relación con el uso *selectivo* del DIDH, ya que es allí que difícilmente podemos acudir a la posición del respectivo ministro sobre la incorporación del derecho internacional para explicar su voto. En esta sección se revisarán entonces distintas hipótesis acerca de las razones que puedan existir por la disparidad de uso, partiendo de la premisa que las referencias de un ministro serían sistemáticas si fueran fundadas exclusivamente en algún argumento en derecho. Deben entonces ser razones no jurídicas que explican las desviaciones de la sistematicidad. Sin embargo, primero se revisará si las variaciones se podrían explicar por las teorías de incorporación que detienen los ministros. Posteriormente, discutiremos razones de procedimiento interno del tribunal, razones de biografía, de experticia y finalmente, políticas y morales⁶⁷.

Diferencias por distintas teorías de incorporación

La explicación más jurídica y lógica es la de postular que algunos ministros no consideraran que el TC pudiera o debiera invocar normas internacionales, teniendo como mandato la aplicación de la Constitución. Un ministro resume esta posición de la siguiente manera: “Nosotros la verdad hemos ido extendiendo la interpretación de un artículo quinto que fue diseñado, creo yo, para otras cosas. (...) creo que hemos encontrado ahí una fórmula de torturar a la Constitución para encontrar el camino más amplio”⁶⁸. Otro ministro explica que “la forma ideal en que el derecho internacional debiera incorporarse al ordenamiento jurídico interno es a partir de cláusulas constitucionales precisas”⁶⁹, definiendo el rango, y el modo de incorporación, tomando en cuenta la “cultura jurídica”⁷⁰ latinoamericana que se rige, usualmente, por una tendencia literalista. Varios ministros que han integrado el TC durante el período de estudio, han publicado su visión de la incorporación del DIDH, y su interpretación del artículo 5.2 de la Constitución (ver revisión de literatura).

Podríamos postular que la razón por la disparidad en las opiniones de los ministros sería netamente, en virtud de estas diferencias, un asunto relacionado con sus conceptos

allí esta se construye el resto de la escala. Para no generar una representación gráfica que aparente una escala distorsionada, es solo posteriormente que se agrega una categoría con valor matemático negativo para establecer los rechazos explícitos (morado). Ver Hernández, R., Fernández C., Baptista, M., *Metodología de la investigación*, 5ª ed., México, D.F.: McGraw-Hill 2010.

⁶⁷ En términos metodológicos, las entrevistas se hicieron con las hipótesis de conocimiento, efectos de la deliberación, y razones políticas/ de moral. Las otras hipótesis que aquí se analizan fueron sugeridas en las mismas entrevistas y en discusiones académicas.

⁶⁸ Entrevista A, agosto 2014.

⁶⁹ Entrevista B, agosto 2014.

⁷⁰ Entrevista B.

de incorporación. Así lo percibe por lo menos un ministro del TC⁷¹. No obstante, una explicación que no tuviera matices pareciera no hacer justicia a la variabilidad con la que se trata el tema por parte de los ministros en los votos y que se ha mostrado en el Cuadro 7. Por ejemplo, constan varias decisiones unánimes del tribunal en las que ministros que usualmente se oponen a las referencias del DIDH por parte del TC, se sumaron a fallos en los cuales se cita una fuente o un estándar internacional. Parece entonces que las teorías de incorporación no constituyen la única variable que influye⁷². Esta lectura se confirma analizando en detalle y a la luz de las entrevistas con algunos ministros, la sentencia de control constitucional obligatorio sobre el Proyecto de Ley de Pesca, en enero del 2013.

La sentencia y su prevención muestran dos posturas sobre cómo interpretar la autoejecutabilidad de la obligación de consulta libre, previa e informada consagrada en el Convenio 169 de la OIT, vigente en Chile desde septiembre de 2009. La prevención al fallo, redactada por los ministros Venegas, Aróstica y Bertelsen, indica que “mientras no se modifique la [LOC] del Congreso para prever formalmente el deber de consulta que, que [sic] por efecto de su carácter autoejecutable ya se ha incorporado a ella en virtud del Convenio, y se adapten los reglamentos de las Cámaras, corresponde al Congreso Nacional, en uso de sus atribuciones propias, determinar qué asuntos legislativos deben ser calificados como medidas susceptibles de afectar directamente a algún pueblo originario”⁷³. Con esto, limitan el efecto de la autoejecutabilidad de los artículos 6 y 7 del Convenio 169⁷⁴, ya que un derecho autoejecutable ya no sería tal ante el mismo TC. La mayoría del Tribunal, en cambio, llega a otra formulación, y determina que “la autoejecutividad [sic] de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo sino que, por el contrario, lo impele”⁷⁵. Sin negar la existencia de la autoejecutabilidad, el tribunal la vincula *de facto* con la obligación de adoptar regulación eficaz para la protección de los derechos.

En lo jurisdiccional, sin embargo, la mayoría se parece a la prevención: Según los ministros de mayoría, es solamente *después* de adoptar tal regulación que el TC tendría jurisdicción para ejercer un control de constitucionalidad sobre la consulta, a la luz de una serie de criterios inspirados por el derecho internacional que especifican la garantía de igualdad de trato consagrada en la Constitución. Mientras es valioso que los ministros reconozcan la relevancia de criterios de derecho internacional para este futuro examen (aunque no le concedan el valor de fuente en derecho), sigue desafiando la lógica el hecho que la *ausencia* de regulación estaría fuera del alcance de la revisión constitucional, mientras la existencia (a lo sumo deficiente) de alguna forma de regulación sí permitiría

⁷¹ Entrevista B.

⁷² En las ciencias sociales, en todo caso, son muy escasas las explicaciones monocausales. Ver por ejemplo, Hernández, R., Fernández C., Baptista, M. (2010), *op. cit.*

⁷³ Voto Aróstica, Bertelsen, Venegas, párr. 6.

⁷⁴ Galdámez, L., “Comentario Jurisprudencial: la Consulta a los Pueblos Indígenas en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca”, en *Estudios Constitucionales* Vol. 11, Nº 1 2013, at 621-632.

⁷⁵ Roles 2387 y 2388-12, considerando 23.

el control de constitucionalidad. Un vacío en la protección de los derechos sería entonces menos expuesto a un reproche que una regulación *incompleta* o parcialmente contraria al derecho internacional.

Considerando estos quiebres en la lógica y argumentación de la mayoría, es útil traer a colación cómo algunos de los ministros evalúan el proceso de adopción de la sentencia, para así averiguar si es realmente la diferencia en las teorías sobre la incorporación del DIDH la que genera la confusión en esta sentencia. Un ministro hizo hincapié en un argumento de “prudencia” que habría influenciado la adopción de la sentencia: “Lo valioso de ese fallo es que toda la construcción de derecho internacional fue compartida por todos y eso es bien raro [poco frecuente, la autora]. Pero después cuando entramos al tema de jerarquía de los tratados autoejecutabilidad del artículo sexto [del Convenio 169, la autora], ahí se produjo una (...) división; se buscaron mecanismos de consenso lo menos pluriofensivos posible. (...) al final hubo posiciones encontradas al interior del tribunal y se adoptó esta posición, al cabo de una suerte de llamado que se hizo a la prudencia”⁷⁶.

Otro ministro explica la dinámica interna que se dio de la siguiente manera: “En el fondo hay una cuestión que tiene que ver con la deliberación interna. (...) en este caso sí que sabíamos perfectamente y había consciencia de que el debate sobre jerarquía, sistema, orden, etc., no era lo más relevante, lo relevante era no hacerle sentir a los pueblos indígenas que aquí vinieron y no les pasó nada con ellos. No quisimos hacerlos retroceder en sus derechos. Eso fue el logro, y para eso, teníamos que obtener una mayoría, y esa mayoría alcanzamos así raspando”.⁷⁷ El ministro agrega un punto revelador sobre la dinámica de la deliberación interna: “Respuesta corta, los internacionalistas se nos tiraron encima”⁷⁸.

Si interpretamos correctamente al ministro, la confusión en términos de incorporación era el “precio a pagar” para lograr que, de facto, los derechos de los pueblos indígenas no se restringieran. Sin dudar la explicación del ministro, es pertinente hacer hincapié en el hecho que la interpretación propuesta por el tribunal (considerando 23°) no es la misma que le ha dado al Convenio el Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, quien sostiene que las leyes generales se deben consultar en la medida que producen “un impacto diferenciado sobre los pueblos indígenas”⁷⁹. En este sentido, parece acertado concluir que las posturas sobre autoejecutabilidad se sobrepusieron al análisis propio del alcance del derecho a la consulta: mientras en el considerando 19° la mayoría del tribunal reconoce que el “margen de discrecionalidad sobre la oportunidad y materia de la consulta puede ser perfectamente delimitado por la *experiencia, guías y buenas prácticas* que la Organización Internacional del Trabajo ha acumulado”⁸⁰. Los

⁷⁶ Entrevista D.

⁷⁷ Entrevista C, agosto 2014.

⁷⁸ Entrevista C.

⁷⁹ Anaya, James, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 43.

⁸⁰ Tribunal Constitucional, Roles 2387 y 2388-12, considerando 19, el destacado es nuestro.

ministros así estuvieron cerca de usar la terminología propia del derecho internacional para estas recomendaciones e interpretaciones de la OIT, pero evitaron reconocer el valor jurídico de las recomendaciones de la OIT, y su “interpretación autoritativa”⁸¹ del Convenio 169 pero las mencionan. Así, indican de facto –confirmando todo lo dicho en este artículo– que no consideran *fuentes* la jurisprudencia de los órganos internacionales⁸².

En definitiva, no satisface para explicar las divergencias en el uso del DIDH –y algunos de los ministros lo reconocen– el solo hecho que algunos estarían más proclives que otros al uso del derecho internacional. Más bien son otros los factores que parecen influenciar al momento de referenciar o no DIDH. A continuación se sistematizarán las hipótesis que se han indagado para esta investigación.

El procedimiento interno del tribunal: deliberación y prevenciones

Una variable que varios ministros entrevistados mencionaron en relación a las divergencias en el uso del DIDH se refiere a los procesos internos del tribunal como órgano colegiado, especialmente la deliberación y las prevenciones. Así, los ministros observan que “la deliberación tiene más tratados internacionales que lo que la sentencia reflejan, por una cuestión puramente metodológica”⁸³. Lo fundamental, no obstante, es que la dinámica interna requiere que seis de los ministros no solamente se sumen al resultado del fallo (como sería, *mutatis mutandi*, el caso en la Corte Suprema del Reino Unido), sino que de facto deben concordar también en el raciocinio principal para poder constituir una mayoría. Un ministro expresa la dificultad de la siguiente manera: “el tribunal es un órgano colegiado entonces aquí para nadie es un misterio de que hay un grupo grande que desconfía enormemente de los tratados y de lo que viene de afuera, entonces si tú lo pones, te lo van a volar, a veces son mayoría, como muy artificiales, entonces el fondo, en la sentencia del Tribunal es un consenso mínimo”⁸⁴.

Cuando las mayorías son un poco más holgadas, la dinámica es distinta, según el mismo ministro: “cuando tú tienes una mayoría firme, o sea, tiene seis votos y el sexto dice ‘yo no estoy de acuerdo con esto’, tú le dices haz una prevención, o sea, tú mantienes la dureza y por eso se descuelga del argumento que le parece inadecuado, pero, en el fondo eso cuando tienes más de lo que necesitas (...); [sino,] ese te marca toda la argumentación”⁸⁵.

⁸¹ La interpretación autoritativa es la que hacen los órganos encargados de la supervisión de un tratado, ver Higgins, R., “Human rights: Some Questions of Integrity”, en 52 *Modern Law Review* 1989, pp. 5-8. En cambio, la interpretación auténtica es la que hace el colectivo de los mismos Estados partes de un tratado, ver Villiger, M.: *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers) 2009, p. 429.

⁸² Confirmando el análisis de Galdámez 2014 sobre la jurisprudencia vinculante de la CorteIDH.

⁸³ Entrevista C.

⁸⁴ Entrevista A.

⁸⁵ Entrevista A.

Por tanto, más que en posiciones jurídicas coherentes, el uso del DIDH por parte del órgano colegiado se basa en un mínimo común denominador que no responde a una argumentación de derecho, y menos de reglas de interpretación de derecho internacional. La dinámica a favor de la inclusión de los DIDH en una decisión de la mayoría se da cuando sobre otros puntos del fallo, especialmente, el raciocinio, hay un acuerdo relativamente amplio. Para decirlo con otras palabras, si los ministros están divididos sobre el fondo del caso, el DIDH no tiene posibilidad de entrar.

Como no es inequívoca la relación entre las referencias al DIDH y las dinámicas de la conformación de mayorías, en un tribunal colegiado es más difícil asignarle una clasificación a este fenómeno, ya que de la sentencia usualmente no se desprende si el ministro o la ministra accedió a firmar un voto de mayoría por o a pesar de la referencia al DIDH. Lo que podemos derivar es que el asunto no puede haber importado tanto como para no sumarse a la argumentación que incluye una referencia al DIDH, justamente para “ganar un punto”.⁸⁶ Por ejemplo, en los primeros años del período de estudio, con los ministros Colombo, Cea y Bertelsen, solo procedieron a incluir referencias al DIDH cuando había un consenso considerable sobre el punto; en sus votos particulares tendían a no hacerlo.

Otra variable que surgió en las entrevistas con los ministros tiene relación con las prácticas de deliberación en el tribunal. Así, el ministro con menor antigüedad inicia la deliberación, y posteriormente, “el siguiente quiere dar una fundamentación que no puede ser inferior ni en tiempo ni en calidad de quien le antecedió”, y así en seguida, pero “no se produce la ronda final de contrastación, que le daría la posibilidad a un ministro que votó en un sentido determinado de decir me convenció el colega”.⁸⁷ Esta falta de deliberación, se podría argumentar, impide que algunas posiciones por la calidad de su argumentación generen mayor consenso, o puedan enmendarse para generar este. Se suma a este problema que “la redacción de sentencia es bien artesanal”⁸⁸ y no cuenta con mayor unificación de metodología; además, hay considerables diferencias en la apreciación de cómo debiera redactarse una sentencia, entre que sea sintética y “al grano”, y la posición que debe “argumentar lo más posible”.⁸⁹ Solo esta última alternativa se encuentra abierta a desarrollar con claridad y consistencia argumentos de DIDH. No se profundizará acá sobre otras consecuencias que puede acarrear la falta de deliberación.

Conocimiento de normas internacionales de derechos humanos

Otra hipótesis de explicación consiste en indagar si eventualmente la falta de conocimiento de los instrumentos internacionales y de las decisiones de los órganos internacionales podría explicar las inconsistencias entre los votos de un mismo ministro.

⁸⁶ Entrevista A.

⁸⁷ Entrevista D, agosto 2014.

⁸⁸ Entrevista A.

⁸⁹ Entrevista A.

Esta explicación pareciera más probable en virtud de las ocasiones de referencias selectivas que se identificaron arriba, tales como invocaciones de normas o jurisprudencia no aplicables. En total, no obstante, son relativamente escasas estas referencias.

Dicho eso, no se puede excluir que la escasa referencia a la jurisprudencia internacional también se debiera a cierto desconocimiento del cuerpo de jurisprudencia internacional que crece de manera muy rápida, dispersa y sin la existencia de un registro centralizado, lo que dificulta mantenerse al día. Dos ministros hacen referencia a este problema, considerando que “a veces simplemente por ignorancia (...) nadie le inculcó tampoco”⁹⁰ llegar al respectivo sistema de estándares y que uno de ellos no cree “que las [las observaciones generales de órganos de derechos humanos de la ONU, la autora] hemos seguido con la suficiente atención”.⁹¹ En todo caso, esta hipótesis parece poder considerarse, hoy, de menor importancia, porque la Sección de Estudios del Tribunal edita regularmente un boletín de jurisprudencia que reporte jurisprudencia comparada e internacional clave⁹².

Razones generacionales y de profesión

Otro grupo de variables que podrían influenciar la posición de un ministro sobre el uso del DIDH en las sentencias se relacionan con sus datos biográficos. Así, un ministro indica que “el cambio generacional a mi juicio ha sido muy importante en este sentido”⁹³, mientras otro considera que “hay casos que son de conservadurismo en estado puro de nuevas generaciones”⁹⁴. Mientras no es posible identificar si el factor de haber sido un actor político antes de llegar al TC influye significativamente en la relación con el DIDH —hay ejemplos en ambos sentidos, como muestran los ministros Correa, García y Viera-Gallo— se argumentó que habría una constante que “[l]os ministros que probablemente sean más abiertos en este ámbito de derecho internacional son ministros que tienen más diálogo con la región, más deberes de relacionarse con pares; (...) adicionalmente que (...) hacen clases en las universidades, tienen que responder de otras cosas”⁹⁵. El ministro que proveyó el argumento incluso considera que podría ser la variable más influyente en todo el conjunto de variables⁹⁶. Para verificar esta hipótesis, cruzamos los datos empíricos levantados para la presente investigación, con las biografías de los ministros. En las tres categorías que establecimos según vinculación al mundo académico (contexto académico, ver nota a la tabla), se encuentran ministros de distinta postura ante el DIDH.

⁹⁰ Entrevista A.

⁹¹ Entrevista B.

⁹² Entrevistas. Los criterios de selección para la inclusión de jurisprudencia de derecho internacional en ese boletín están pendientes de averiguación.

⁹³ Entrevista B.

⁹⁴ Entrevista C.

⁹⁵ Entrevista C.

⁹⁶ Entrevista C.

Cuadro 7
BIOGRAFÍAS DE LOS MINISTROS

Nombre Ministro	Referencias al año (total) ⁹⁷	Contexto académico ⁹⁸
Colombo	3	No
Brahm Barril	3	No
Venegas Palacios	4,25	No
Viera-Gallo Quesney	8,75	No
Correa	2,5	Sí, tiempo parcial
Aróstica Maldonado	5,75	Sí, tiempo parcial
Fernández Fredes	8	Sí, tiempo parcial
Carmona Santander	8,25	Sí, tiempo parcial
Vodanovic Schnake	12	Sí, tiempo parcial
García Pino	12,4	Sí, tiempo parcial
Fernández Baeza	12,5	Sí, tiempo parcial
Romero Guzmán	-2	Sí, tiempo completo
Cea	3	Sí, tiempo completo
Bertelsen Repetto	2	Sí, tiempo completo
Navarro Beltrán	6,7	Sí, tiempo completo
Hernández Emperanza	7	Sí, tiempo completo
Peña Torres	11,75	Sí, tiempo completo

Si podemos observar una tendencia, es solamente la siguiente, sin ser consistente: los que demuestran uso sistemático a favor del DIDH son por lo menos docentes de tiempo parcial, sino, de tiempo completo. No obstante, entre quienes estaban vinculados con la academia, ya sea de tiempo parcial o completo, hay quienes representan las

⁹⁷ Cifras tomadas del Cuadro 7.

⁹⁸ Se consideraron las biografías de los ministros en www.tribunalconstitucional.cl, sí disponibles, y de manera supletoria, disponibles en internet. Se codificó “sin contexto académico” si no han ocupado cátedra antes de integrar el TC, “tiempo parcial” si la han ocupado mientras ejercían otras funciones principales, y “tiempo completo” si estaban vinculados como docentes o investigadores a una universidad, sin otras ocupaciones principales.

cuatro categorías definidas en este artículo, sobre el modo de citar el DIDH. Finalmente, quienes rechazan el uso del DIDH de manera sistemática, tres no tienen vínculo alguno con la academia, y tres eran profesores de tiempo completo. Para esta investigadora, los datos no permiten confirmar claramente la explicación que había avanzado el ministro entrevistado, aunque se puede detectar una posible tendencia que un ministro que no haya estado en la academia, no es proclive al DIDH.

Razones políticas y de moral

Por otra parte, y considerando que las explicaciones hasta ahora han sido plausibles pero parciales, o derechamente no pudieron confirmarse, no se puede excluir de antemano que algunas de las divergencias en el uso del DIDH pudieran explicarse por razones políticas o convicciones morales que los ministros no logran aislar de su razonamiento. Así, llama la atención que hay ciertas temáticas donde la referencia al derecho internacional es menos controversial que en otros; podemos mencionar, en pos del estudio de Nogueira, los estándares de debido proceso y garantías penales.

Más allá de los temas indígenas, donde hay variación en relación con las referencias “selectivas”, es el ámbito donde los derechos humanos están a la intersección con asuntos morales, como el matrimonio igualitario, asuntos de discriminación, derechos reproductivos, o similares, donde observamos referencias selectivas. Esta hipótesis podría también explicar el único caso identificado por Galdámez donde una cita de la jurisprudencia de la Corte Interamericana forma parte de la *ratio* del voto de mayoría, a saber, el caso de la “Píldora del Día Después”⁹⁹. En este sentido, llama la atención que algunos ministros que usualmente no se refieren a estándares internacionales, lo hacen, con una selección puntual de cita(s) sin contrastarlas con otras fuentes de derecho internacional, en tales casos “moral o políticamente controvertidos”. Así, en la sentencia sobre matrimonio igualitario, como vimos, dos ministros que usualmente son sistemáticos en la referencia o en la falta de referencia al DIDH, respectivamente –Bertelsen y Peña–, se encontraron *a medio camino*, ambos dejando detrás sus posiciones usuales, para emitir un voto en conjunto.

Algunos ministros entrevistados concedieron que “puede haber aquí visiones ideológicas contrastantes, políticas en el sentido amplio de la palabra, quizás reticencia de algunos ministros a asumir los progresos del derecho internacional e incluso el derecho comparado”¹⁰⁰. Otro indicó que “es duro decirlo, pero hay visiones como nacionalistas llamémoslo así, (...); el derecho internacional desgraciadamente en materia económica ha sido nuestro vehículo de integración y nos abrió mercados y por lo tanto [van] con él”¹⁰¹. Considera que esto no es así en materia de derechos humanos y concluye que “en el fondo [reclaman] una especie de derecho a veto sobre resoluciones que ellos quisieran

⁹⁹ Tribunal Constitucional, Rol 740-08.

¹⁰⁰ Entrevista D.

¹⁰¹ Entrevista A.

frenar”¹⁰². Finalmente, recordamos que fueron razones de “prudencia” que dividieron el TC en el fallo sobre la Ley de Pesca. Con la evidencia disponible, no pudimos excluir que esta prudencia no estuviera vinculada, también, con razones políticas.

VI. CONCLUSIONES

El análisis propuesto en este artículo permite concluir lo siguiente: primero que los ministros del Tribunal Constitucional no han encontrado consenso aún en relación con cuándo referenciar el DIDH en la jurisprudencia constitucional. En lo particular, el análisis cuantitativo ha permitido, especialmente, ubicar el fenómeno de las referencias al DIDH en relación con su tamaño o relevancia. Así, pudimos ver que en 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 15,4% de todos los casos, la mayoría del Tribunal ha discutido este argumento, y que en un adicional 12,8% lo hicieron ministros en sus votos particulares o prevenciones. Como se demostró en este trabajo, lo que aparece en la jurisprudencia del Tribunal (en los votos de mayorías) constituye un mínimo común denominador que además, como otros han mostrado, varía según tema. De nuestros datos concluimos que la posición de la mayoría no responde a criterios de coherencia o conformidad mínima con las reglas de interpretación del derecho internacional. La razón parece ser que este mínimo común denominador no ha sido construido de una manera sistemática o lógica.

Segundo, las cifras presentadas a lo largo de este 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. Las posiciones se están diversificando. Como un ministro lo identificó, el tribunal está en “una situación de inflexión”¹⁰³ en relación con el uso del DIDH en las sentencias.

Tercero, pudimos establecer a partir de la doctrina y los resultados de la investigación 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* dependiendo de conveniencia de alguna fuente aislada o jurisprudencia descontextualizada de derecho internacional, a mayor abundamiento, para agregar un elemento de persuasión a lo que ya se había concluido; y cuarto, la *referencia sistemática* al DIDH. Vale reiterar que esta categorización de modos de referenciar no dice nada sobre el argumento jurídico que se hace en relación con el derecho internacional, qué rango se le otorga al DIDH, o si la interpretación de los estándares se hace de acuerdo con el derecho internacional. Sin embargo, adelantamos la hipótesis,

¹⁰² Entrevista A.

¹⁰³ Entrevista D.

para un trabajo futuro, 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 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 autodeterminación indígena, asuntos morales como las relaciones entre personas del mismo sexo).

Quinto, y lo más notorio, son los consistentes indicios y evidencias que solo tres ministros parecen considerar que el derecho internacional convencional de los derechos humanos podría constituir *fuentes* de derecho aplicable por medio del artículo 5.2 de la Constitución. Los otros ministros muestran directa o indirectamente que el valor de una referencia al DIDH es a lo máximo persuasivo. Es solo un ministro que reconoce el valor de fuente auxiliar (y no solamente persuasivo) a la jurisprudencia de órganos internacionales de los derechos humanos¹⁰⁴.

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, se puede concluir que la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional 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. 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.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Gonzalo, “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7 Nº 1, pp. 91-136. 2009.
- ANAYA, James, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.
- BURGORGUE-LARSEN, L., “L'autonomie constitutionnelle” aux prises avec la Convention Européenne des Droits de l'Homme, 2006.

¹⁰⁴ El Ministro García, ver roles Rol 2273-12 y 2257-12.

- CARMONA, Carlos, "Autorrestricción en el Tribunal Constitucional Chileno", en *Derecho y Humanidades*, N° 19 (2012), pp. 75-128.
- CEA, J.L., "Los Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, N° 16, 2011, pp. 23-40.
- CEA Egaña, José Luis (2010), "El juez constitucional en Chile", en BAZÁN, Víctor (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, AbeledoPerrot.
- CORREA Sutil, "Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?, por José Francisco García y Sergio Verdugo", Ediciones LyD 2014, en Couso, Javier (coord.), *Anuario de Derecho Público*, 2014, Ediciones UDP 2014, pp. 626-633.
- COUSO, Javier; Huneus, Alexandra; Sieder, Rachel, *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010.
- DÍAZ Tolosa, Regina (2012). "Derecho Internacional y derechos internos: ¿Jerarquía o coordinación?", *Revista de Derecho Público*, Vol. N° 77: pp. 263-276.
- FERNÁNDEZ, M., "La aplicación por los tribunales chilenos del DIDH", en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1, 2010, pp. 425-442.
- GALDÁMEZ, Liliana, "Comentario Jurisprudencial: la Consulta a los Pueblos Indígenas en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca", en *Estudios Constitucionales* Vol. 11, N° 1 2013, at 621-632.
- GALDÁMEZ, Liliana, "El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1, 2014, pp. 329-364.
- GARCÍA Pino, G., " Preguntas esenciales sobre el control de convencionalidad difuso aplicables en Chile", en Nogueira, H. (coord.). *La protección de los DD.HH. y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho internacional de los DD.HH.*, Librotecnia 2014.
- GARCÍA, José Francisco; Verdugo, Sergio, *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, Ediciones LyD, Santiago 2013.
- GARCÍA Roca, Javier, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", en *Revista Teoría y Realidad Constitucional (UNED)*, año 2007, núm. 20, 117-143.
- HENRÍQUEZ, Miriam, "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, 2008, pp. 73-119.
- HERNÁNDEZ, Roberto; Fernández Collao; Baptista, M. (2010). *Metodología de la investigación*, 5ª ed., México, D.F.: McGraw-Hill.
- HETTINGER, Virginia A.; Lindquist, Stefanie A.; Martinek, Wendy L., "Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting Behavior on the U.S. Courts of Appeals", en *American Journal of Political Science*, Vol. 48, N° 1 (Jan., 2004), pp. 123-137.
- HIGGINS, Rosalyn, "Human Rights: Some Questions of Integrity", en *52 Modern Law Review* 1989 1.
- HILBINK, Lisa, *Jueces y política en democracia y dictadura, lecciones desde Chile*, Cambridge University Press, Nueva York, 2007.
- ÍÑIGUEZ, Andrea, "Los tratados internacionales sobre derechos fundamentales y el margen de apreciación", en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N° 3 (Universidad del Desarrollo). 2013.
- LEGG, Andrew (2012). *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* (Oxford University Press).
- NOGUEIRA, Humberto, "El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 1. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2012.

- NOGUEIRA, Humberto (2007). “Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: La sentencia Rol Nº 786-2007 del Tribunal Constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales* (Año 5 Nº 2), pp. 457-466.
- NOGUEIRA, 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”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 11, Nº 2, pp. 97-154.
- NOGUEIRA, Humberto (2013). “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, en Steiner, Christian (coord.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Colombia, Fundación Konrad Adenauer), pp. 511-553.
- NÚÑEZ, Manuel (2009). Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14-Nº 2, pp. 331-372.
- PAYANDEH, Mehrdad, *Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip – Ein Beitrag des Grundgesetzes zur Einheit von Völkerrecht und nationalem Recht*, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* 2008, pp. 467-502.
- PEÑA, M., “La Constitución de 1980 y la existencia de un ‘bloque de constitucionalidad’ en Chile”, en Llanos, H. y Picard, E. (Coord.). *Estudios de Derecho internacional*. Libro homenaje al profesor Hugo Llanos Mansilla. Editorial Thomson Reuters, Santiago 2012, pp. 591-613.
- PEÑA, M., La Aplicación del DIDH por el Tribunal Constitucional Chileno, en *Estudios Constitucionales*, Año 6, Nº 1, 2008, pp. 205-222.
- ROHDE, David W.; Spaeth, Harold J., *Supreme Court Decision Making*. New York: W.H. Freeman and Company, 1976.
- SILVA, Luis (2014), “La dimensión legal de la interpretación constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41 Nº 2, pp. 437-471.
- TZEVELEKOS, ‘The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology? Between Evolution and Systemic Integration’, 31 *Michigan J Int'l L* (2010) 621, at 670-680.
- VIERA-GALLO, J. y Lübbert, V., “Los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia chilena”. En *Estudios Internacionales* Nº 171 año 2012, pp. 100-103.
- VILLIGER, Mark, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, MartinusNijhoff Publishers, Leiden 2009.
- WEINSHALL, K., *Comparing Attitudinal Decision Making in High Courts: An Institutional and Contextual Analysis*, Conference Paper, SELA 2014.
- WETSTEIN, M. *et al.*, “Ideological Consistency and Attitudinal Conflict: A Comparative Analysis of the U.S. and Canadian Supreme Courts”, *Comparative Political Studies* Online First, published on February 27, 2009, available at doi:10.1177/001041400832989.
- ZAPATA, Patricio (2002). *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte General*, Biblioteca Americana.
- ZÚÑIGA, Yanira. “La sentencia Rol 1340 y la sentencia Rol 1288. Una reflexión sobre el (oscuro) rol de los tratados internacionales en el marco del control de constitucionalidad”, en Pablo Marshall, ed. *Jurisprudencia constitucional destacada. Análisis crítico* (AbeledoPerrot, LegalPublishing Chile, 2011).