DERECHOS HUMANOS Y LAS TRADICIONES CONSTITUCIONALES COMUNES

Gonzalo Aguilar Cavallo[1]

Submetido em: 17/12/2018

Aprovado em: 19/12/2018

SUMARIO: Introducción. I. Los derechos humanos: fuente y fundamento del orden constitucional. 1. Los derechos humanos como fuente del orden constitucional. 2. Los derechos humanos como fundamento del orden constitucional. II. El sistema interamericano y el *ius commune.* 1. Derechos humanos y derecho común. 2. La función constitucional. Conclusiones.

Introducción

Este breve trabajo busca determinar las fuentes, fundamentos, sentido y alcance de lo que la doctrina ha denominado el *ius constitutionale commune interamericanum*. Este concepto se encuentra al centro del debate acerca de los derechos humanos y la existencia o el desarrollo de tradiciones constitucionales comunes en el espacio interamericano, o, todo lo menos, en el espacio público latinoamericano.

Parte de la doctrina prefiere usar el término *latinoamericanum* para concentrar el nacimiento de este *ius commune* en los países latinoamericanos. Otra parte alude al término *interamericanum* para representar que este *ius commune* surge a partir de los derechos humanos que han sido consensuados y aceptados en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Nosotros usaremos el concepto de *interamericanum* o *latinoamericanum* indistintamente.

[1] Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctoradoen el Max Planck InstituteforComparativePublicLaw and International Law (Heidelberg, Alemania).Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). El autor quiere agradecer la valiosa colaboración, la comprensión y el apoyo incondicional prestado por Rébecca Steward en la elaboración de este artículo, razón por la cual expresamos nuestro sincero agradecimiento. Evidentemente, cualquier error en el trabajo es de mi exclusiva responsabilidad.

Nuestra hipótesis consiste en que los derechos humanos constituyen la fuente de todo orden constitucional o bien que los derechos humanos serían enunciados normativos de carácter constitucional comunes y compartidos por los diversos Estados partes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, al menos, en sus aspectos esenciales o estándares mínimos. A partir de esta asunción, se podría empezar a configurar un *ius constitutionale commune interamericanum*.

En términos generales, el trabajo ha seguido el método dogmático jurídico en conjunto con el método de casos, en lo que dice relación con la revisión de las decisiones judiciales. Este análisis se divide en dos grandes parte. La primera parte aborda el estudio de los derechos humanos como fuente y fundamento del orden constitucional. La segunda parte examina el sistema interamericano y el nacimiento del *ius commune* en materia de derechos humanos.

I. Los derechos humanos: fuente y fundamento del orden constitucional

En esta parte vamos a desarrollar el análisis de los derechos humanos como fuente y como fundamento de todo orden constitucional contemporáneo e incluso del carácter constitucional de todo enunciado normativo de derechos humanos.

1. Los derechos humanos como fuente del orden constitucional

Los valores y principios que se encuentran ínsitos en los derechos humanos se configurarían como la fuente material del régimen de derechos del orden constitucional.[2]

Desde hace más de medio siglo que los derechos humanos se han convertido en la fuente de un enfoque material del Derecho, desformalizándolo, y de este modo, permitiendo el ingreso de razonamientos y argumentaciones más cercanas con su razón de ser, la justicia material.[3]En este sentido, pensamos que nos encontramos ante un cambio de paradigma, esto es, un cambio en la base y el modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento del derecho

[2]"[L]os derechos humanos ocupan el centro de la democracia contemporánea o, (sic) la democracia constitucional, al implementar su protección en todo un engranaje constitucional." Durán Pérez, Ángel y Ramos Vásquez, Eréndira Nohemí: "La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia", en *Revista Justicia Electoral*, Volumen 1, núm. 10, 2012, pp. 171-196, especialmente, p. 183.

[3] Pérez Jaraba, María Dolores: "Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 184-222.

público, e incluso, se podría afirmar, del Derecho en general.[4] Las bases, que corresponderían a las categorías tradicionales del derecho público y el modelo, que podría corresponder al modelo tradicional del Estado constitucional y democrático de derecho, están mutando, se encuentran en proceso de transformación, debido, justamente, las nuevas realidades impuestas por la globalización.[5] Como ejemplo, tomemos solamente una de las interrogantes que plantea Serna de la Garza y que servirían para determinar si estamos ante un nuevo escenario en el campo del derecho público. En efecto, habría que considerar "[s]i hay normas de contenido constitucional que no están en el textode la Constitución; si la Constitución no es necesariamente la norma de jerarquíasuperior en un sistema jurídico y si aparte de la Constitución existenotras normas que puedan servir como parámetro para ejercer un controlnormativo y en su caso expulsar normas del sistema; si existen órganos deúltima instancia, más allá del juez constitucional nacional, que realicen talfunción de control normativo; si el juez constitucional no solamente aplicala Constitución nacional, sino otro tipo de normas; y si hay otras normas,aparte de la Constitución, que sirvan para determinar el significado del restode las normas del sistema."[6] Si estas nociones se verifican, entonces estaríamos frente a un cambio en la forma de entender el derecho público, especialmente, en el terreno de la soberanía y su articulación con los derechos humanos. Bogdandy señala a este respecto que estamos frente a un nuevo derecho público. El profesor alemán sostiene que un proceso en evolución hacia un Nuevo Derecho Público y señala que tradicionalmente gracias alprincipio de soberanía, el Estado creaba un universo normativo pormedio de su ordenamiento jurídico, pero debido a los procesos de apertura y globalización se ha socavado la famosapremisa del principio clásico de soberanía.[7]

En este sentido, la Corte Suprema chilena ha dado pasos relevantes, sobre todo, en el contexto de los procesos por violaciones a los derechos humanos ocurridos durante la dictadura. Tal como hemos sostenido reiteradamente, la Corte Suprema ha sido preclara en su relación con el derecho internacional, y muy

[4]Cfr. Lifante Vidal, Isabel: "La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm 25, 2008-2009, pp. 257-278.

[5] Durán Pérez, Ángel y Ramos Vásquez, Eréndira Nohemí: "La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia", en *Revista Justicia Electoral*, Volumen 1, núm. 10, 2012, pp. 171-196.

[6] Serna de la Garza, José María: "El concepto de ius commune latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación", en Bogdandy, Armin von, Fix-Fierro, Héctor, Morales, Mariela (Coord.): *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México, UNAM-IIJ, 2014, pp. 199-217, especialmente, p. 208.

[7]Bogdandy, Armin von: "Ius constitutionale comune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea", en González Pérez, Luis Raúl &Valadés, Diego (Coords.):*El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM-IIJ, México, 2013, pp. 39-66, especialmente, p. 44.

especialmente, con el derecho internacional de los derechos humanos.[8] De este modo, el máximo tribunal ha aplicado todo el abanico de fuentes que el derecho internacional pone a su disposición.[9] En particular, como se sabe, la Corte Suprema de Chile ha aplicado un control de convencionalidad sobre las normas de derecho interno, velando, en este caso, no tan sólo por el respeto de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH), sino también por la interpretación más favorable para el ser humano que de dichas normas convencionales ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), intérprete último y auténtico de la referida Convención.[10]El propio Tribunal Constitucional chileno ha reconocido que la Corte IDH es el intérprete auténtico de la CADH.[11]En este sentido, es importante destacar que "los estándares jurídicos definidos por elSistema Interamericano de Derechos Humanos (sic) han reconocido diversas formas o vías de incorporación a los sistemas jurídicosnacionales, provocando cambios en la jurisprudencia de los tribunales y tambiénimpactando de forma directa o indirecta en transformaciones de las agendas y las líneasde orientación de determinadas políticas de gobierno en los países americanos."[12] Igualmente, en esta línea, García Sayán ha señalado que "[c]abe destacar que sus sentencias poseen un doble efecto:por un lado funcionan como intérprete último de la Convención y por el otro lado, solucionan losconflictos del caso concreto."[13]

Recientemente, la Corte Suprema ha reiterado sus referencias a los derechos humanos como fuente de un ordenamiento donde el razonamiento se centra en el peso de los contenidos protegidos jurídicamente. En un caso sobre violaciones a los derechos humanos y donde se discutía la imprescriptibilidad de la acción civil derivada de estos graves ilícitos, la Corte Suprema razona de la siguiente manera:

---

[8]Aguilar Cavallo, Gonzalo: "La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador", en *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, 2009, pp. 91-136.

[9]Corte Suprema de Chile: Caso Molco. Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006. Rol N° 559-2004; Corte Suprema de Chile: Caso Chena. Sentencia de fecha 13 de marzo de 2007. Rol N° 3125-04.

[10] "Asimismo, la sentencia de la Corte Suprema compatibiliza en gran medida la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte en la materia, con la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos." Cfr. Zúñiga Urbina, Francisco: "Comentario a la sentencia en el caso Molco de la Excma. Corte Suprema de 13 de diciembre de 2006", en *Estudios Constitucionales* Vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 525-531.

[11] Tribunal Constitucional de Chile: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Enrique Eichin Zambrano respecto del artículo 5°, numerales 1°, inciso primero, y 3° del Código de Justicia Militar, en los autos RIT 11463-2013, RUC N° 1310018169-4, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago. Rol N° 2493-13. Sentencia de fecha 6 de mayo de 2014. Considerando 8°.

[12] "Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias", en Séptima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, Organización Internacional para las Migraciones, Caracas, República Bolivariana de Venezuela, 2 y 3 de Julio de 2007, p. 3.

[13] Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Ed.): Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Bogotá, KAS, 2014, p. V.

> "[…] la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias […], lo que es pertinente a las nuevas realidades y situaciones emergentes, como sucede en este caso, al tratarse de una materia con postulados diversos […], pues se trata de una rama emergente, representativa de una finalidad centrada en la dignidad de la persona a quien se debe servir […]."[14]

Y, acto seguido, la Corte Suprema utiliza, en nuestra opinión, este enfoque basado en la materialización del Derecho. En efecto, la Corte argumenta de la siguiente manera:

> "[…] la indemnización del daño producido por el delito y la acción para hacerla efectiva, de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, compromete el interés público y aspectos de justicia material, todo lo cual conduce a acoger la acción civil deducida en autos, que tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las normas consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional."[15]

Como se puede apreciar, consideraciones que tienen su fuente en elementos, fines y contenidos propios de los derechos humanos apuntalan, a través de la argumentación y razonamiento jurídicos, la construcción de un ordenamiento, que además de ser formal y tener una estructura, se caracteriza por su materialidad.[16] El orden de dicho sistema viene dado por los contenidos y finalidades, o sea, por las materias protegidas en dicho ordenamiento, sin que la referencia a rígidas posiciones jerárquicas de los textos sea, en términos absolutos, necesaria. La rigidez de las posiciones jerárquicas ata y dificulta el razonamiento convincente y persuasivo, en lugar de facilitar, mediante la argumentación, el acceso a la convicción acerca de la justicia de lo decidido. Bajo esta visión, el elemento finalista y axiológico de la interpretación adquiere una gran

[14]Corte Suprema de Chile: *Homicidio calificado Ruz Zañartu*. Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016. Rol N° 24.288-16. Considerando 10°.
[15]Corte Suprema de Chile: *Homicidio calificado Ruz Zañartu*. Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016. Rol N° 24.288-16. Considerando 12°.
[16]Pérez Jaraba, María Dolores: "Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 184-222.

importancia.[17] La dignidad, el ser humano, y sus derechos son los que guía esta interpretación.[18]La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su primera época de funcionamiento, Voto 2542-92, de 28 de noviembre de 1992, ya había dejado clara esta tendencia, cuando señaló que "las fuentes del ordenamiento jurídico de Costa Rica, potencian como Estado democrático de derecho, los valores que reflejan la dignidad del hombre, protegidos en la parte dogmática de nuestra Constitución, son y deben ser la principal preocupación de aquellos jueces llamados a cumplir las funciones públicas, debido a que los instrumentos internacionales de derechos humanos son superiores a las del ordenamiento secundario."[19]

Tres elementos completan la tríada indispensable de todo sistema democrático constitucional: democracia, derechos humanos y Estado de derecho. En este sentido, Bogdandy ha sostenido que "[e]l nuevo derecho público promovido por el *ius commune* latinoamericano se inspira en tres principios fundamentales: el respectode los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia. […] Para dar cumplimiento a dichos principios de la protección delos derechos humanos, del Estado de derecho y la democracia, el *ius commune* parte de la premisa de la insuficiencia del espacioestatal y ello constituye una diferencia respecto a otras concepcionesprogresistas más antiguas centradas en el Estado."[20]

2. Los derechos humanos como fundamento del orden constitucional

No puede existir un orden constitucional sin que este orden tenga ubicado en su centro los derechos humanos o fundamentales.[21]Los derechos humanos

[17]Bidart Campos, Germán J. "El enjambre axiológico que da inserción constitucional a los derechos humanos", en Hernández, Antonio María y Valadés, Diego (Coord.): *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*. México, UNAM-IIJ, 2003, pp. 1-7.

[18]Habermas, Jürgen: "La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44 (2010), pp. 105-121.

[19]Armijo, Gilbert: "La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica", en *RevistaIus et Praxis*, Volumen 9, núm. 1, 2003, pp. 39-62.

[20]Bogdandy, Armin von: "Ius constitutionale comune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea", en González Pérez, Luis Raúl & Valadés, Diego (Coords.):*El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM-IIJ, México, 2013, pp. 39-66, especialmente, p. 49.

[21] "Los derechos fundamentales, cuya finalidad genérica son favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciando todas las posibilidades derivadas de su condición se constituyen así, en verdaderos derechos subjetivos, en tanto amparan y tutelan los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero "status jurídico" para los mismos, irrenunciable e irreductible. De esta forma, los derechos fundamentales han de regir plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluridireccional." Dirección del Trabajo. Ordinario N°2210/035, de 5 de junio de 2009.

constituyen un elemento identificador común de todo orden constitucional contemporáneo. Una rápida revisión de algunos textos constitucionales nos permite refrendar esta idea.[22]Pero, además, al margen del derecho positivo, los derechos humanos por sí mismos constituyen elementos normativos de carácter constitucional, independientemente del texto donde se encuentren alocados.[23] Este es el paso trascendente que se ha ido lenta y paulatinamente logrando en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial y en los albores del siglo XXI.[24]

Los derechos humanos son, por lo tanto, elementos normativos de carácter constitucional.[25]Si es así, el orden jurídico internacional, en especial el orden jurídico interamericano, comparte con el orden jurídico interno este aspecto constitucional, tanto en cuanto en ambos ordenes jurídicos se encuentran presentes los derechos humanos.

Los derechos humanos se configuran, dentro de los Estados, como el pilar fundamental de un orden público infranqueable, donde el interés superior del ser humano, de los grupos y pueblos ocupa la cúspide del sistema. Igualmente, esto último permitiría sostener que el sistema jurídico interamericano, es decir, aquel que se identifica con la Declaración American de Derechos y Deberes del Hombre y con la CADH, y que se desarrolla a través de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte IDH, también configuraría un orden público interamericano. Ya sea, en el ámbito nacional como en la esfera interamericana, los derechos humanos se encontrarían a la base de este orden público. Cabe reiterar aquí que los derechos humanos tienen como características que son universales, interdependientes e indivisibles.[26]

---

[22]Para el caso mexicano, como ejemplo, cfr. Durán Pérez, Ángel y Ramos Vásquez, Eréndira Nohemí: "La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia", en *Revista Justicia Electoral*, Volumen 1, núm. 10, 2012, pp. 171-196.

[23]Vid. Aguilar Cavallo, Gonzalo: "Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile", en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Volumen 9, 2016, pp. 113-166.

[24]"Acostumbrémonos a indagar la Constitución con perspicacia, dandopor seguro que para conocer y aplicar su sistema axiológico hay quevalerse no sólo de lo que podemos leer e interpretar en sus artículos,sino también —y mucho— de lo que no está escrito pero compone unámbito implícito de inusitada riqueza. Si no hacemos una sumatoria integraday armónica en forma indivisible entre la "letra" y lo implícitoempobrecemos el contenido de la Constitución y extraviamos un materialprovechoso y útil, que es imprescindible para pensar y elaborar las solucionesjustas." Bidart Campos, Germán J. "El enjambre axiológico que da inserción constitucional a los derechos humanos", en Hernández, Antonio María y Valadés, Diego (Coord.): *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*. México, UNAM-IIJ, 2003, pp. 1-7.

[25] Aguilar Cavallo, Gonzalo: "Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 146, 2016, pp. 13-59.

[26]"The idea that all human beings, at the end ofthe twentieth century, possess as part of theirbirthright a core of inalienable rights is not disputed.What is sometimes debated is the content ofparticular rights and the need

Esta noción de orden público interamericano es objeto de crítica basada, entre otras cosas, en la existencia de particularismos nacionales, que muchas veces entran en conflicto con el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente, con el derecho interamericano.[27] Nuestra impresión es que estos conflictos existen, pero ello no obsta la presencia de un orden público interamericano basado en los derechos humanos. Más bien, la discusión se referiría a cuestiones de contenido concreto.[28]Recuérdese que ya desde la Declaración de Viena de 1993, el derecho internacional de los derechos humanos admitía la existencia de particularismos nacionales.[29] Son conflictos que obligan al juez estatal a buscar la correspondencia y armonía en la solución dada para el caso concreto. Esto significa para el juez estatal desarrollar una argumentación persuasiva que convenza de la necesidad de una solución local, pero siempre garantizando el estándar mínimo. La reivindicación de particularismos constitucionales nacionales implica un estándar aún más exigente para el juez nacional porque ello le exigirá redoblar sus esfuerzos para demostrar que su solución local se encuentra en concordancia y armonía con los estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos.[30]

No siendo necesariamente idénticos, la unidad y la armonía del sistema de derechos humanos, ya sea en el ámbito interno e internacional, sería reconducida y garantizada por un mínimo común denominador, que se encuentra reflejado por la noción de estándar mínimo.[31]¿De dónde se pueden desprender los estándares

---

for change. This is a legitimate debate." Ramcharan, B. G.: "How Universal Are Human Rights?", in *IPG* 4/98, 1998, pp. 423-438.

[27]Nuñez Poblete, Manuel: "Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona", en *Revista Ius et Praxis*, Año 14, núm. 2, 2008, pp. 331-372; Martínez Estay, José Ignacio: "Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo", en *Estudios Constitucionales*, Año 12, núm. 1, 2014, pp. 365-396.

[28]Vid. Ramcharan, B. G.: "How Universal Are Human Rights?", in *IPG* 4/98, 1998, pp. 423-438.

[29] "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles einterdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacionaldebe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa yequitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debetenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales yregionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales yreligiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemaspolíticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechoshumanos y las libertades fundamentales." *Declaración y Programa de Acción de Viena* 1993, para. 5.

[30]Cfr. Sagües, Néstor Pedro: "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en *Estudios Constitucionales*, Año 8, núm. 1, 2010, pp. 117-136.

[31]"Estos estándares jurídicos pueden servir para fijar un marco de orientación general parala definición de las políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como delos actores sociales y las agencias de cooperación. Estos estándares pueden asimismocontribuir a establecer criterios comunes que sirvan a la fiscalización y supervisiónposterior de esas políticas y estrategias y las doten de mayor legitimidad y consenso." "Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias", en

de derechos humanos? Los estándares internacionales de derechos humanos se pueden entender como "el conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, negociados o aceptados, ya sean vinculantes o no. En consecuencia, los estándares incluyen documentos vinculantes que codifican o crean obligaciones o deberes jurídicos, lo que se conoce comúnmente como *hard law*, así como los documentos no vinculantes que formulan recomendaciones sobre normas de conducta y políticas públicas que debieran adoptar los Estados, conocidos como *soft law*."[32] Por otro lado, en el ámbito del sistema interamericano, en un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo a los derechos de la mujer, se ha definido los estándares como "el conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término "estándares jurídicos" asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos."[33]

La Declaración Universal de Derechos Humanos pavimentó el camino para la creación de un número importante de estándares destinados a proteger la dignidad humana. Los estándares transforman la naturaleza de la relación entre los órganos del Estado y los individuos y comunidades. Estos estándares permiten fijar claras responsabilidades a las autoridades públicas, dando seguridad tanto a las autoridades como a la sociedad y generan en los órganos del Estado el deber de rendir cuentas. Los estándares existentes pueden ser extendidos o bien nuevos estándares pueden ser creados según las necesidades humanas. La sociedad cambia continuamente y los derechos humanos deben llenar el espacio que se produce con este cambio en la protección de la dignidad humana.[34]

El derecho internacional de los derechos humanos fija estándares mínimos de derechos humanos, que le cabe al Estado la obligación principal de asegurarlos y, en lo posible, expandirlos.[35]En este sentido, en materia de estándares mínimos

---

Séptima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, Organización Internacional para las Migraciones, Caracas, República Bolivariana de Venezuela, 2 y 3 de Julio de 2007, p. 5.
social y político, tanto a nivel nacional como internacional.

[32]INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS (2006): *Human Rights Standards: Learning from Experience*. International Council on Human Rights Policy, Versoix, Switzerland. p. 4.

[33]COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011): *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, p. 2.

[34]INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS (2006)2.

[35]Cfr. Abramovich, Víctor: "Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y control de las políticas sociales", en *Anuario de Derechos Humanos*, num.2, 2006, pp. 13-51.

sobre justicia militar, el Tribunal Constitucional chileno ha certeramente afirmado que "al decidir de esta forma una acción singular, esta Magistratura entiende contribuir –en el ámbito de su competencia- al cumplimiento del deber impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Chile para adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar."[36]

Como se sabe, también le cabe esta obligación a los denominados actores no estatales, o bien, según la terminología interna, a los particulares.[37]Los órganos internacionales de supervigilancia y los tribunales internacionales de derechos humanos, tiene la responsabilidad de mantener actualizados los estándares mínimos conforme a la evolución de las condiciones de vida.[38]

En el caso de Chile, la noción de estándar mínimo ha jugado un papel trascendental al momento de resolver complejas cuestiones vinculadas con los derechos humanos. Ya hemos hecho referencia a los conocidos casos Molco y Chena. En estos casos, la Corte Suprema chilena utilizó el criterio establecido por la Corte IDH en una serie de decisiones judiciales*, inter alia*, en el caso Almonacid Arellano y otros de 2006. En efecto, en el caso Molco de 2006, el máximo tribunal señaló lo siguiente.

> "Que, además de los informes de la Comisión de Derecho Internacional deNaciones Unidas, relacionados en la reflexión 15ª precedente, la Corte Interamericanaha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de la imprescriptibilidad delos crímenes de guerra y de lesa humanidad, en numerosas sentencias, comoverbigracia en los casos Velásquez Rodríguez (sent. de 29.07.88, Serie C N° 4);Godínez Cruz (sent. de 20.01.89, Serie C. N° 5) y Blake (sent. de 24.01.88, Serie CN° 36), y muy especialmente, en la reciente "Almonacid Arellano y otros versusChile", de

[36] Tribunal Constitucional de Chile: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Enrique Eichin Zambrano respecto del artículo 5°, numerales 1°, inciso primero, y 3° del Código de Justicia Militar, en los autos RIT 11463-2013, RUC N° 1310018169-4, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago. Rol N° 2493-13. Sentencia de fecha 6 de mayo de 2014. Considerando 12°.

[37]Aguilar Cavallo, Gonzalo y Contreras Rojas, Cristian: "El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile", en *Revista Ius et Praxis*, Año 13, núm. 1, 2007, pp. 205-243; Cfr. Dirección del Trabajo. Ordinario N°2210/035, de 5 de junio de 2009

[38]"La propia tarea de interpretar dota de contenido los derechos fundamentales
establecidos en el mencionado tratado, a un ritmo paulatino y consciente de que los tratados de derechoshumanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiemposy las condiciones de vida actuales. La interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales dederechos humanos es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la CVDT." Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Ed.):*Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bogotá, KAS, 2014, p. V.

> 26.09.2006, donde explícitamente se califica el homicidio perpetrado poragentes del Estado en la persona de don Luis Alfredo Almonacid Arellano, como un crimen de lesa humanidad, agregando que la prohibición de cometer esta clasede ilícitos "es una norma de ius cogens y la penalización de estos crímenes esobligatoria, conforme al derecho internacional general" (Consid. 99°)."
> "Que similar punto de vista había sido sustentado con anterioridad por lapropia Corte Interamericana en el "Caso Barrios Altos", al puntualizar que "soninadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripcióny el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedirla investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de losderechos humanos" (sentencia de 14.03.2001, Serie C, Nº 75, pár. 41)."[39]

Por su lado, el Tribunal Constitucional chileno, levemente más renuente al sistema interamericano, ha recurrido en ocasiones a los estándares interamericanos. Por ejemplo, en el conocido caso de la Píldora del día después de 2008, los jueces constitucionales utilizan la jurisprudencia interamericana para justificar el uso del principio de interpretación de los derechos fundamentales conocido con el nombre de principio *pro homine*. En particular, el Tribunal afirma:

> "Que, para dilucidar el conflictoconstitucional planteado y ante la evidencia de estar estosjueces frente a una duda razonable, ha de acudirse a aquelloscriterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de losderechos fundamentales, por ser ésa la materia comprometidaen el presente requerimiento.
> En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio "pro homine" o "favor libertatis" definido en lajurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanosde la siguiente forma: "Entre diversas opciones se ha deescoger la que restringe en menor escala el derecho protegido(...) debe prevalecer la norma más favorable a la personahumana" (Opinión Consultiva 5, 1985)."[40]

Igualmente interesante es el recurso a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en dos casos muy relevantes relacionados

[39] Corte Suprema de Chile: *Caso Molco*. Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006. Rol N° 559-2004. Considerandos 19° y 20°.
[40] Tribunal Constitucional de Chile: Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", aprobadas por el Decreto Supremo Nº 48, de 2007, del Ministerio de Salud. Rol N° 740-07. Sentencia de fecha 18 de abril de 2008. Considerando 67°.

con el estándar mínimo en materia de acceso a la justicia y competencia de la justicia militar. En efecto, en el denominado caso Eichin de 2014, los jueces constitucionales se remitieron al "voto suscrito por los Ministros Vodanovic, Fernández, Carmona, García y Romero en la sentencia Rol N° 2363-2012 de esta Magistratura, de fecha 14 de enero de 2014", no, sin antes señalar que "la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete auténtico de la aludida convención, ha sentado jurisprudencia en orden a que la justicia militar carece de jurisdicción sobre intervinientes civiles y que sólo puede investigar y sancionar la afectación de bienes jurídicos relacionados con la función castrense."[41]

La doctrina de los jueces constitucionales alude a la jurisprudencia de la Corte IDH como un elemento significativo de interpretación y tratándose de decisiones judiciales donde Chile no ha sido parte, se refiere a un elemento complementario de análisis. En efecto, el Tribunal Constitucional indica lo siguiente:

> "Que, más significativo para este asunto, es lajurisprudencia de la Corte Interamericana de DerechosHumanos, a partir de la Sentencia de la Corte IDH (22 de noviembre de 2005, Palamara Iribarne vs. Chile, Serie CN° 135, a partir de este fallo CIDH/N° 135/2005). No esposible hacer una revisión de una extensa sentencia; sinembargo, condensaremos algunos estándares a partir delreconocimiento de que Chile ha violado determinadosderechos de la Convención Americana de Derechos Humanos."
> "Que, por último, en materia de estándares, cabeagregar como un elemento complementario de análisis elcriterio que ha tenido la propia Corte Interamericana deDerechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco vs. México ensentencia del 23 de noviembre de 2009, excepcionando dela jurisdicción militar los actos delictivos cometidospor militares respecto de bienes jurídicos no militares.Siendo sus víctimas civiles, bajo ninguna circunstancialos juzgaría la justicia militar."[42]

[41] Tribunal Constitucional de Chile: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Enrique Eichin Zambrano respecto del artículo 5°, numerales 1°, inciso primero, y 3° del Código de Justicia Militar, en los autos RIT 11463-2013, RUC N° 1310018169-4, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago. Rol N° 2493-13. Sentencia de fecha 6 de mayo de 2014. Considerando 8°.

[42] Tribunal Constitucional de Chile: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Lorena Fries Monleon, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, respecto del artículo 5, N°3, del Código de Justicia Militar, en los autos RIT 11115-2012, RUC N° 1210032844-3, del 14° Juzgado de Garantía de Santiago, en actual apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 3278-2012-RPP. Rol N° 2363-12. Sentencia de fecha 14 de enero de 2014. Voto por acoger de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Juan José Romero Guzmán. Considerando 16° y 19°; Tribunal Constitucional de Chile:

En la misma línea anterior, y en relación con la interpretación de los derechos, Serna sostiene que "la interpretación constitucional en el mundo estátomando un carácter cada vez más cosmopolita, al tiempo que la "jurisprudenciacomparada" asume un lugar central en las decisiones de la justicia constitucional."[43]

II. El sistema interamericano y el *ius commune*

En esta parte abordaremos el examen de las normas de derechos humanos como el nuevo derecho común, especialmente, singularizado en el derecho interamericano y en la naturaleza constitucional del rol de protección jurisdiccional de los derechos humanos, de modo de justificar que todo órgano jurisdiccional que protege los derechos humanos desempeña una función constitucional.

1. Derechos humanos y derecho común

Los derechos humanos se encontrarían a la base de un nuevo ius commune. En este sentido Serna de la Garza, frente a la pregunta ¿Qué es el *ius commune*?, ha planteado la siguiente respuesta: "En primer lugar, podemos mencionarque los países del sistema interamericano de derechos humanoscomparten en sus Constituciones una serie de valores comunes, centrados en la dignidad de la persona humana y los derechos quede ella irradian. En segundo lugar, existe un bloque normativocomún a los Estados adscritos al sistema interamericano de protecciónde los derechos humanos: la Convención Americana deDerechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericanade Derechos Humanos."[44]

El gran jurista Jorge Carpizo definió claramente esta noción de *ius constitutionale commune latinoamericanum*, señalando lo siguiente:

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Enrique Eichin Zambrano respecto del artículo 5°, numerales 1°, inciso primero, y 3° del Código de Justicia Militar, en los autos RIT 11463-2013, RUC N° 1310018169-4, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago. Rol N° 2493-13. Sentencia de fecha 6 de mayo de 2014. Considerando 3°.

[43]Serna de la Garza, José María: "El concepto de ius commune latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación", en Bogdandy, Armin von, Fix-Fierro, Héctor, Morales, Mariela (Coord.): *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México, UNAM-IIJ, 2014, pp. 199-217, especialmente, p. 206.

[44]Serna de la Garza, José María: "Jorge Carpizo y el proyecto "Hacia un Ius Commune Latinoamericano en Derechos Humanos", en González Pérez, Luis Raúl & Valadés, Diego (Coords.): *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. UNAM-IIJ, México, 2013,pp. 35-38, especialmente, p. 36.

> "La Convención Americana y su interpretación de última instancia,realizada por la Corte Interamericana de Derechos humanos (CorteIDH), está creando un *ius commune* latinoamericano de derechos humanos, que implica que cualquier habitante de la región goza de unmínimo de derechos que la Constitución de cada país puede ampliar,pero nunca restringir, en virtud de las obligaciones internacionalesque cada Estado contrajo al ratificar la propia Convención Americanay aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH."[45]

Este *ius commune* se construiría sobre la base de la noción de estándares mínimos comunes y compartidos, por los Estados partes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Estos estándares comunes y compartidos vendrían determinados por el derecho positivo, por ejemplo, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y por la interpretación que de ella se hace por el órgano autorizado para ello.[46] El órgano autorizado para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¿Por qué los derechos humanos constituyen un terreno fértil para el desarrollo de un *ius commune* en América Latina? Existirían, al menos, cuatro elementos que permitirían,eventualmente, el surgimiento de un *ius commune* en derechos humanos.

1. Una lengua común. La herencia de la colonización ibérica en América nos legó ya sea el español o bien el portugués. Esta comunidad lingüística, inexistente en Europa, facilita enormemente no sólo las comunicaciones, sino que sobre todo permite la existencia de una comunidad de pensamientos, de ideas, incluso una unión en torno a la expresión lingüística de valores.

2. Una base cultural común. En términos generales, América latina tiene el mismo origen étnico, una parte indígena y una parte resultado de olas de colonización, fundamentalmente de la península ibérica. América Latina es el resultado de un mismo proceso de colonización iniciado desde la época de Cristóbal Colón. Este hecho ha generado una marca indeleble en la región de la que dan cuenta sus

[45]Bogdandy, Armin von: "Ius constitutionale comune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea", en González Pérez, Luis Raúl & Valadés, Diego (Coords.): *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. UNAM-IIJ, México, 2013, pp. 39-66, especialmente, p. 43.
[46]COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011): *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, p. 2.

poblaciones actuales. Fundamental, en este proceso de desarrollo cultural latinoamericano ha sido la religión católica la que ha convivido con restos aun presentes de creencias indígenas. A pesar de que los pueblos indígenas han bordeado la extinción en América, su capacidad de resistencia les ha permitido sobrevivir, fundamentalmente mezclados con las poblaciones de inmigrantes y esclavos, y en partes, sin mezclarse con otras poblaciones. Este último es un dato clave en América Latina, donde la cosmovisión indígena corre por la sangre de la región, y, por lo tanto, la visión de comunidad se encentra fuertemente arraigada, del mismo modo que en África.

3. Una idiosincrasia común. Las características distintivas y propias de la colectividad americana justifica la presencia de una visión común frente a la posición que juega el individuo y la comunidad. En este punto, la situación de América Latina es similar a la de África, donde el aspecto comunitario ocupa un lugar relevante en las relaciones humanas.

4. El elevado índice de desigualdad e inequidad existente en las sociedades latinoamericanas. En efecto, "América Latina sigue conformada por países en desarrollo, con grandes sectores sociales ubicados por debajode la línea de pobreza, altos niveles de concentración del ingreso y con el nivel de desigualdad más pronunciadodel mundo. Sin embargo es notorio que, a pesar de las dificultades existentes, por primera vezuna región en desarrollo está -en su totalidad- organizada políticamente de forma democrática. Las democraciaspobres de la región obligan a pensar la economía y la democracia en términos propios, para no caer en laequivocación de creer que la democracia tiene más resistencia de la que en realidad cuenta, o que lastransformaciones económicas pueden hacerse independientemente de lo que siente y expresa una sociedaddeterminada."[47]

Si aceptamos que comunidad implica la existencia de valores comunes y compartidos y que estos valores son los que le dan su identidad y la cohesión social a esta comunidad, entonces podríamos sostener que en América Latina existiría una comunidad de derechos humanos, en la medida que reconozcamos que los derechos humanos representan los valores centrales de una comunidad, a la luz de los cuales ésta es modelada. En esta línea, se ha sostenido que en los países de la región, en mayor o menor grado, las dinámicas modernizadoras y lasecularización del Estado desplazan hacia otros ámbitos los sentidos de pertenencia y la comunidad de valores. "Uno de estos ámbitos que hoy determina

[47] "Las dimensiones de la democracia", p. 519. Disponible en: ‹https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_Manual_Formacion_Lideres_anexos.pdf› [Visitado el 21/9/2016]

la agenda y el debate, dado el avance de lademocracia y del Estado de derecho, es el de la ciudadanía moderna. Indudablementeesto supone avanzar en la plena universalidad de los derechos civiles, políticos,económicos, sociales y culturales, lo que requiere conjugar el Estado de derecho, elrespeto a las libertades, la representación política y el mayor acceso a oportunidadesde bienestar, de uso productivo de capacidades y de protección social.La titularidad de los derechos sociales encarna la efectiva pertenencia a lasociedad, pues implica que todos los ciudadanos estén incluidos en la dinámica deldesarrollo y gocen del bienestar que este desarrollo promueve."[48]

Estos valores comunes y compartidos se ven expresados en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos adoptados en la región. En el nombre de sus pueblos, los Estados representados en la IX Conferencia Internacional Americana, señalan en el preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1948, que están seguros que "el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puedeser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las institucionesdemocráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de losderechos esenciales del hombre."

Al momento de aprobar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) de 1948, la IX Conferencia Internacional Americana consideró que "los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constitucionesnacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad,tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación decircunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad", y que "la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución." Cabe resaltar la formula contenida al inicio del preámbulo de la Declaración, consistente en que "[t]odos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están pornaturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros." Como se sabe, una retórica similar es contenida en el artículo 1° de la Constitución chilena.

Por su parte, los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 reafirman su "propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de

[48] Ottone, Ernesto (Dir.): *Cohesión social: inclusión y sentido de pertenencia en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile, CEPAL, Naciones Unidas, 2007, p. 23.

libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre."

La Carta Democrática Interamericana de 2001 señala en su preámbulo que "la solidaridad y la cooperación de los Estados americanosrequieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicioefectivo de la democracia representativa y que el crecimiento económico y el desarrollosocial basados en la justicia y la equidad y la democracia son interdependientes y se refuerzan mutuamente", y reafirma que "la lucha contra la pobreza, especialmente la eliminaciónde la pobreza crítica, es esencial para la promoción y consolidación de la democraciay constituye una responsabilidad común y compartida de los Estados americanos."

Y, recientemente, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016, donde los Estados miembros de la OEA reafirman que "los pueblos indígenas son sociedades originarias, diversas y con identidad propia que forman parte integral de las Américas."

2. La función constitucional

El carácter constitucional de las normas de derechos fundamentales se transmite a la función de protección así como al órgano u órganos encargados de protegerlos. En consecuencia, la función de velar por el respeto, protección y garantía de los derechos humanos es una función propiamente de naturaleza constitucional.

Si admitimos que los derechos humanos se encuentran presentes y operativos tanto en el orden jurídico interno como en el orden jurídico internacional, al menos en términos de estándares mínimos, entonces, la función de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sería similar a la del Tribunal Constitucional o del órgano jurisdiccional interno con competencias constitucionales de protección y garantían de los derechos humanos. Quizás, una diferencia entre la actividad de la Corte IDH y los tribunales constitucionales u órganos jurisdiccionales internos con competencias constitucionales de protección y garantían de los derechos humanos,de los Estados partes del sistema interamericano, sea que estos últimos tienen un ámbito de actuación y por lo tanto un foco en su acción mucho más preciso y concentrado. Por lo tanto, en estos casos, la delimitación de los estándares y de los contenidos de los derechos debería ser mucho más específica. En cambio, la Corte IDH, con un ámbito de acción continental, actuaría en el establecimiento de los grandes criterios, en la

construcción de los pilares fundamentales, en definitiva, en la concreción del marco esencial del orden público interamericano.[49] En efecto, retomando la idea de Calderón, si bien no existe una definición explícita del orden público interamericano, de la práctica de la Corte IDH se puede desprender que para acreditar la existencia de un asunto deinterés del orden público interamericano, el objeto del asunto propuesto "no debeestar circunscrito a la situación u ordenamiento jurídico del país en cuestión y debe trascenderlos hechos específicos del caso en conocimiento de la Corte IDH, así como el interés concretode las partes en litigio."[50]

Si la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional nacional o el órgano jurisdiccional interno respectivo desempeñan funciones similares en lo que respecta a la protección de los derechos de los individuos y grupos, entonces, un diálogo fructífero y constante se impone entre ambas jurisdicciones.

Es posible destacar algunos ejemplos relevantes de esta verdadera función constitucional que desempeña la Corte IDH.

En el conocido caso Velázquez Rodríguez de 1988, la Corte sentó un principio cardinal de todo sistema constitucional, y en definitiva, del orden público interamericano, en el sentido de que el poder no puede ejercerse sin límite alguno, sin sujeción al derecho o a la moral. En efecto, en la decisión judicial mencionada, señala que "Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber degarantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padecepor las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertasacciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabeadmitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valersede cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a lamoral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidadhumana."[51]

Por su parte, en el caso Barrios Altos de 2001, la Corte IDH desarrolló un criterio constitucional clave en materia de violaciones al derecho humanitario y

[49]Medina Quiroga, Cecilia: "Modificaciones de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 7, 2011, pp. 117-126.

[50] Calderón Gamboa, Jorge: "Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento de reparaciones ante la Corte IDH", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, 2014, pp. 105-116.

[51] Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, para. 154.

violaciones graves a los derechos humanos constitutivos, en definitiva, de crímenes contra la humanidad. Así, los jueces interamericanos indicaron que "a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la ConvenciónAmericana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole paraque nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recursosencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que losEstados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia conlos artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensiónde las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamenteincompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyesimpide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, yaque se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a susfamiliares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente."[52]

En el caso de la Masacre de Mapiripán de 2005, la Corte IDH reiteró un principio constitucional ya incorporado hace tiempo en los sistemas constitucionales de los países interamericanos, vinculado con los sujetos obligados por los derechos humanos, y referido en la teoría del Drittwirkung.[53]En efecto, la Corte afirma que la responsabilidad internacional del Estado "puede generarse también por actos departiculares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Partes en laConvención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normasde protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en todacircunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectansus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a sujurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado deadoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechoshumanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad alEstado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple,por acción u omisión de sus

[52]Corte IDH: *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, para. 43; Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, para. 127.

[53]Mijangos y González, Javier: "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 583-608.

agentes cuando se encuentren en posición de garantes,esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención."[54]

Como último ejemplo, en el caso Gelman de 2011, la Corte IDH incluso fue más allá en su proceso de consolidación del orden público interamericano, alcanzando incluso a la parte de los cimientos derivada de la relación entre derechos humanos y democracia. De este modo, en el caso en comento, los jueces interamericanos afirmaron que "[l]a sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanenterespeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los DerechosHumanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta DemocráticaInteramericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en unasociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de losderechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo quela existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por suscaracterísticas tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos degraves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protecciónde los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, esdecir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías eninstancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad públicay no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respectode la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que "el límite de la decisión de la mayoríareside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (losprimeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntadde la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan sersacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley". Otros tribunales nacionalesse han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección dederechos fundamentales."[55]

Conclusiones

[54] Corte IDH: Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, para. 111; Corte IDH: Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, para. 170.

[55] Corte IDH: Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, para. 239.

Nuestra propuesta ha sido afirmar que los derechos humanos son fuente y fundamento de todo orden constitucional. Por lo tanto, los derechos humanos en el ámbito internacional, especialmente, en la esfera interamericana, sus estándares y mecanismos de protección, darían forma a una especie de orden constitucional en cierne. Por supuesto, no se trata que en el orden internacional se configure un tipo de Estado mundial, sino más bien de desprender la noción de orden constitucional del régimen jurídico de los Estados. Vemos un principio de orden constitucional allí donde existen, al menos como principio, derechos humanos. Por ello, debido a que, desde el punto de vista de la dignidad humana, resulta difícil pensar en normas más propiamente constitucionales que los derechos humanos, es que hemos sostenido que estos derechos serían enunciados normativos con carácter propiamente constitucional.

Por cierto, los derechos humanos no son el único elemento constitucional que importa. Es necesario para avanzar en el proceso de identificación de un orden constitucional, pero no es suficiente. Ciertamente, se requiere, para adquirir carta de nacionalidad, además, la democracia y el Estado de derecho, como mínimo.

En nuestra visión, los derechos humanos constituyen el nuevo derecho común del siglo XXI. Esto destaca la importancia de traer los derechos humanos a casa, en el entendido que estos derechos representan estándares mínimos exigidos por la dignidad humana.

En el derecho constitucional contemporáneo, uno de los rasgos identificadores de la jurisdicción constitucional es la protección de los derechos humanos fundamentales. En este sentido, los jueces que efectúan un rol concreto en la protección de los derechos humanos desempeñan una función constitucional. Resta por ver si esta visión material del derecho, centrada en la protección no sólo formal sino también sustantiva de los mismos, y, por lo tanto, su rol de protección de primer orden, es asumida por los jueces nacionales, quienes se convertirían, en este caso, en jueces comunes interamericanos de derechos humanos.

Bibliografía

Libros y artículos de revista

Abramovich, Víctor. 2006: “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y control de las políticas sociales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, num.2, pp. 13-51.

Aguilar Cavallo, Gonzalo: “La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 1, 2009, pp. 91-136.

_____. 2016: “Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 146, pp. 13-59.

_____. 2016 “Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile”, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Volumen 9, pp. 113-166.

Aguilar Cavallo, Gonzalo y Contreras Rojas, Cristian. 2007: “El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 13, núm. 1, pp. 205-243.

Armijo, Gilbert. 2003: “La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica”, en *Revista Ius et Praxis*, Volumen 9, núm. 1, pp. 39-62.

Bidart Campos, Germán J. 2003: “El enjambre axiológico que da inserción constitucional a los derechos humanos”, en Hernández, Antonio María y Valadés, Diego (Coord.): *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*. México, UNAM-IIJ, pp. 1-7.

Bogdandy, Armin von. 2013: “Ius constitutionale comune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez, Luis Raúl & Valadés, Diego (Coords.):*El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM-IIJ, México, pp. 39-66.

Calderón Gamboa, Jorge. 2014: “Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento de reparaciones ante la Corte IDH”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, pp. 105-116.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011: *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, p. 2.

Durán Pérez, Ángel y Ramos Vásquez, Eréndira Nohemí. 2012: “La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia”, en *Revista Justicia Electoral*, Volumen 1, núm. 10, pp. 171-196.

Habermas, Jürgen. 2010: “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, pp. 105-121.

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS. 2006: *Human Rights Standards: Learning from Experience*. International Council on Human Rights Policy, Versoix, Switzerland.p. 4.

Lifante Vidal, Isabel. 2008-2009: “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm 25, pp. 257-278.

Martínez Estay, José Ignacio. 2014: “Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, en *Estudios Constitucionales*, Año 12, núm. 1, pp. 365-396.

Medina Quiroga, Cecilia. 2011: “Modificaciones de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 7, pp. 117-126.

Mijangos y González, Javier. 2007: “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, pp. 583-608.

Nuñez Poblete, Manuel. 2008: “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 14, núm. 2, pp. 331-372.

Ottone, Ernesto (Dir.). 2007: *Cohesión social: inclusión y sentido de pertenencia en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile, CEPAL, Naciones Unidas, p. 23.

Pérez Jaraba, María Dolores. 2011: “Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, pp. 184-222.

Ramcharan, B. G. 1998: “How Universal Are Human Rights?”, in *IPG* 4/98, pp. 423-438.

Sagües, Néstor Pedro. 2010: “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8, núm. 1, pp. 117-136.

Serna de la Garza, José María. 2013: “Jorge Carpizo y el proyecto “Hacia un Ius Commune Latinoamericano en Derechos Humanos”, en González Pérez, Luis Raúl & Valadés, Diego (Coords.):*El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. UNAM-IIJ, México, pp. 35-38.

Serna de la Garza, José María. 2014: “El concepto de ius commune latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación”, en Bogdandy, Armin von, Fix-Fierro, Héctor, Morales, Mariela (Coord.): *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México, UNAM-IIJ, pp. 199-217.

Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Ed.) 2014: Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Bogotá, KAS, p. V.

Zúñiga Urbina, Francisco. 2007: “Comentario a la sentencia en el caso Molco de la Excma. Corte Suprema de 13 de diciembre de 2006”, en *Estudios Constitucionales* Vol. 5, núm. 1, pp. 525-531.

Jurisprudencia

- Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH: *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.
- Corte IDH: Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.
- Corte IDH: Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- Corte IDH: Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

- Corte Suprema de Chile: Caso Chena. Sentencia de fecha 13 de marzo de 2007. Rol N° 3125-04.
- Corte Suprema de Chile: Caso Molco. Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006. Rol N° 559-2004.
- Corte Suprema de Chile: *Homicidio calificado Ruz Zañartu*. Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016. Rol N° 24.288-16.
- Dirección del Trabajo. Ordinario N°2210/035, de 5 de junio de 2009.
- Tribunal Constitucional de Chile: Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", aprobadas por el Decreto Supremo Nº 48, de 2007, del Ministerio de Salud. Rol N° 740-07. Sentencia de fecha 18 de abril de 2008.
- Tribunal Constitucional de Chile: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Lorena Fries Monleon, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, respecto del artículo 5, N°3, del Código de Justicia Militar, en los autos RIT 11115-2012, RUC N° 1210032844-3, del 14° Juzgado de Garantía de Santiago, en actual apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 3278-2012-RPP. Rol N° 2363-12. Sentencia de fecha 14 de enero de 2014. Considerando 16° y 19°.
- Tribunal Constitucional de Chile: Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Enrique Eichin Zambrano respecto del artículo 5°, numerales 1°, inciso primero, y 3° del Código de Justicia Militar, en los autos RIT 11463-2013, RUC N° 1310018169-4, del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago. Rol N° 2493-13. Sentencia de fecha 6 de mayo de 2014.

Otros documentos

- *Declaración y Programa de Acción de Viena* 1993.
- "Las dimensiones de la democracia", p. 519. Disponible en: ‹https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_Manual_Formacion_Lideres_anexos.pdf› [Visitado el 21/9/2016]
- Séptima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, Organización Internacional para las migraciones: "Los estándares internacionales en materia de derechos humanos y políticas migratorias", Caracas, República Bolivariana de Venezuela, 2 y 3 de Julio de 2007.